

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
REPRÉSENTATION IMPARFAITE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 15 mars 1909, à 1 heure

PAR

Marcel OUDINOT

Lauréat de la Faculté de Droit

Licencié ès lettres

Diplômé de Science Pénale

Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. ALBERT TISSIER.

Suffragants : { MM. SALEILLES, professeur.
CAPITANT, chargé de cours.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1909

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
REPRÉSENTATION IMPARFAITE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 15 mars 1909, à 1 heure

PAR

Marcel OUDINOT

Lauréat de la Faculté de Droit

Licencié ès lettres

Diplômé de Science Pénale

Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. ALBERT TISSIER.

*Suffragants : } MM. SALEILLES, professeur.
CAPITANT, chargé de cours.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1909





Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MON PÈRE

PRÉFACE

L'idée de représentation imparfaite est une idée un peu vague et un peu flottante qui apparaît dans de nombreuses hypothèses : solidarité, indivisibilité, cautionnement, garantie, indivision, rapports des créanciers entre eux dans la faillite, etc. Elle a été étudiée, à plusieurs reprises, en matière de solidarité, mais elle n'a fait l'objet d'aucun travail d'ensemble ; et cependant, il peut paraître intéressant d'étudier cette idée en elle-même, d'en préciser la notion, d'en rechercher l'origine, et d'en déterminer la portée. C'est cette étude d'ensemble que nous avons entreprise ; nous nous sommes servi des ouvrages qui ont été publiés, dans ces dernières années, en Allemagne surtout, sur la théorie générale de la représentation ; mais l'étude de la jurisprudence française a été l'objet principal de notre travail. Nous tenons à remercier ici notre maître M. Tissier, dont les conseils et les encouragements nous ont été particulièrement précieux.

BIBLIOGRAPHIE

Droit romain.

- Brinz.** — Lehrbuch der Pandekten, t. II, Erlangen, 1879. = Brinz.
- Debray.** — De la représentation en justice par le cognitor. Thèse Paris, 1892. = Debray.
- Foucault.** — De la représentation dans le mandat et la gestion d'affaires en droit romain. Thèse Paris, 1893.
- Gérardin.** — Etude sur la solidarité. *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1884, p. 237-266.
- Girard.** — Manuel élémentaire de droit romain, 4^e éd., Paris, 1906. = Girard, *Manuel*.
- Textes de droit romain, 3^e éd., Paris, 1903. = Girard, *Textes*.
- Hellmann.** — Die Stellvertretung in Rechtsgeschäfte, München, 1882, p. 63-80. = Hellmann.
- Huc.** — Du formalisme dans l'ancien droit romain. *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. X, pp. 24-144, 1861.
- Ihering.** — Esprit du droit romain, traduction Meulenaere, t. IV. — Etudes complémentaires de l'Esprit du droit romain, trad. Meulenaere, VI, Paris, 1903.
- Hupka.** — Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Leipzig, 1903.
- Laband.** — Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeine Deutschen Handelsgesetzbuch. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Erlangen, 1866, p. 182-241. = Laband.
- Labbé.** — Etudes sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due, 1 br. Paris, 1869.
- Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires. 1 br. Paris, 1856.
- Mitteis.** — Die Lehre von der Stellvertretung nach römischen Recht, Vienne, 1885. = Mitteis.
- Individualisirung der Obligatio. Vienne, 1886.

— Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Leipzig, 1908, t. I, p. 203-236.

Mühlenbruch. — Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 2^e éd. Greifswald, 1826, § 5, p. 33-40.

Puchta. — *Pandekten*, 12^e éd., revue par Schirmer. Leipzig, 1877, § 273-280 p. 416-427. = Puchta.

Schlossmann. — Die Lehre der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, Leipzig, 1900-1902, 2 vol. = Schlossmann.

Schultze. — Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung, Fribourg-en-Brisgau, 1883, I, § 24, p. 300-308.

Ancien droit.

1^o Droit antérieur au XVI^e siècle.

Beaumanoir. — *Coutumes de Beauvoisis*, éd. Salmon. Paris, 1899, 2 vol. = Beaumanoir.

Boutillier. — *Somme rural*, éd. Charondas le Caron. Paris, 1621. = Boutillier.

Brissaud. — Cours d'histoire générale du droit français public et privé, 2 vol. Paris, 1904. = Brissaud.

Esmein. — Cours élémentaire d'histoire du droit français, 2^e éd. Paris, 1895.

Etablissements de Saint-Louis, éd. Viollet. Paris, 1881-1886.

Le livre de Jostice et de Plet, éd. Rapetti. Paris, 1850.

Loysel. — *Institutes coutumières*, avec les notes d'Eusèbe de Laurière, éd. Dupin et Laboulaye, 2 vol. Paris, 1846.

Viollet. — Histoire du droit civil français, 2 vol. Paris, 1893.

2^o Droit postérieur au XVI^e siècle.

Argou. — Institution au droit français, éd. 1730 et 1762. = Argou.

Auroux des Pommiers. — Coutumes générales et locales du pays et duché de Bourbonnais, 1 vol. Paris, 1732. = Auroux des Pommiers.

Bourjon. — Droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes. Paris, 1770, 2 vol. = Bourjon.

Chabrol. — Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne. Riom, 1784, t. II. = Chabrol.

Denizart. — Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle. Paris, 1770, 4 vol.

Domat. — Les loix civiles dans leur ordre naturel. Luxembourg, 1702. = Domat.

- Dumoulin.** — *Extrictio labyrinthi dividui ac individui*, éd. Os-
mont. Paris, 1681, t. III. = Dumoulin.
- Dunod de Charnage.** — *Traité des prescriptions, de l'aliénation
des biens d'Eglise, et des dîmes*. Paris, 1763 = Dunod.
- Du Périer (Scipion).** — *Questions notables de droit*, 1 vol. Tou-
louse, 1684, p. 259-264.
- Ferrière.** — *Dictionnaire de droit et de pratique*. Paris, 1779,
2 vol. = Ferrière.
- Guyot.** — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris,
1784-1785, 19 vol. = Guyot.
- Henrys.** — *Oeuvres, avec les observations de Bretonnier*. Paris,
1771, 4 vol. = Henrys.
- Le Brun et d'Espiard de Saux.** — *Traité des successions*. Paris,
1775, 2 tomes en 1 vol. = Le Brun.
- Louet.** — *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de
Paris, recueillis par Brodeau, éd. du Rousseau de la Combe*.
Paris, 1742, 2 vol. = Louet.
- Pothier.** — *Traité des obligations selon les règles tant du for de
la conscience que du for extérieur*, éd. Bugnet. Paris, 1843, t. II,
= Pothier.
- Renusson.** — *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au
lieu et place des créanciers*, 1^{re} éd. Paris, 1865. = Renusson.
- Robert (Anne Robert).** — *Quatre livres des arrêts et choses
jugées par la Cour*. Paris, 1611.

Droit moderne.

- Alauzet.** — *Commentaire du Code de commerce et de la législation
commerciale*. 3^e éd. 8 vol. Paris, 1879. = Alauzet.
- Aubry et Rau.** — *Cours de droit civil français*, 4^e éd. Paris, 1878,
8 vol. 5^e éd. Paris, 1902. 5 vol. parus. = Aubry et Rau.
- Baudry-Lacantinerie et Barde.** — *Traité théorique et pratique
de droit civil. Des obligations*, Paris, 1897-1905. 4 vol. = Baudry-
Lacantinerie et Barde.
- Boulay-Paty et Boileux.** — *Traité des faillites et banqueroutes*,
Paris, 1854, 2 vol.
- Boncenne.** — *Théorie de la procédure*. Paris et Poitiers, 1839. =
Boncenne.
- Bonnier et Larnaude.** — *Traité théorique et pratique des preu-
ves*, 5^e éd. Paris, 1888. = Bonnier et Larnaude.
- Bosc.** — *Etude sur le droit des créanciers d'exercer les actions de
leur débiteur*. Thèse Aix, 1901. = Bosc.

- Bouquier.** — Etude générale sur la représentation dans les actes juridiques. Thèse Montpellier, 1899.
- Boyer.** — Essai sur la représentation dans les actes juridiques, thèse Toulouse, 1898.
- Carré.** — Les lois de la procédure civile, 3^e éd., par Chauveau, Paris, 1848. — Chauveau sur Carré.
- Charmont.** — *Rev. crit.*, 1894, p. 65-70.
- Chiovenda.** — Sul litisconsorzio necessario, 1 br. Prato, Giachetti, 1904, 34 p. = Chiovenda.
- Colmet de Santerre (Demante et).** — Cours analytique du Code civil, Paris, 1849-1884. = Colmet de Santerre.
- Cohendy.** — Note sous Cass., 16 décembre 1891, D. 92.1.177.
- Demolombe.** — Cours de Code Napoléon, 31 vol. 1^{re} éd. Paris, 1845-1882. = Demolombe.
- Duchon.** — De la représentation dans la solidarité. Thèse Paris, 1907.
- Duranton.** — Cours de droit civil français, t. V et X, Paris, 1830. = Duranton.
- Esnault.** — Traité des faillites et banqueroutes. 3 vol. Paris, 1846.
- Fenet.** — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 15 vol. t. XIII, Paris, 1836. = Fenet.
- Fischer.** — Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft, in Ihering Jahrbücher, t. 40, 1899.
- Francke.** — Die nebenparteien der deutschen Civil-Prozess Ordnung neben der Rechtskraft Dritten gegenüber. Göttingen, 1882.
- Garsonnet.** — Traité théorique et pratique de procédure, 2^e éd. 8 vol. Paris, 1893-1903.
- Gény.** — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, n. 74, p. 149 = Gény.
- Glasson.** — Précis de procédure civile, 3 vol. 1^{re} éd. Paris, 1902.
- Griolet.** — De l'autorité de la chose jugée en matière civile et criminelle. 1 vol. Paris, 1863.
- Huc.** — Commentaire théorique et pratique du Code civil. 15 vol. Paris, 1892-1905.
- Labbé.** — Sur l'article 1166, *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1856.
- Lacoste.** — De la chose jugée, 2^e éd. Paris, 1904.
- Larombière.** — Théorie et pratique des obligations. 7 vol., 2^e éd. Paris, 1885. = Larombière.
- Laurent.** — Principes de droit civil français. 3^e éd. Bruxelles, 1878, 33 vol. = Laurent.
- Lerebours-Pigeonnière.** — Du prête-nom mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre. Thèse Caen, 1898.

- Loché.** — La législation civile de la France. 31 vol. Paris 1827-1832.
- Lyon-Caen et Renault.** — Traité de droit commercial. 8 vol., 3^e éd. Paris, 1898-1903. = Lyon-Caen et Renault.
- Marcadé.** — Explication théorique et pratique du Code civil. Paris, 1889, 8^e éd., t. V = Marcadé.
- Melon.** — De l'idée de solidarité entre les débiteurs. Thèse Poitiers, 1898.
- Menestrina.** — L'accessione nella esecuzione. Vienne, 1901.
- Mendelssohn-Bartholdy.** — Grenzen der Rechtskraft, 1 vol. Leipzig, 1900.
- Merlin.** — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 36 vol. = Bruxelles, 1825-1828. = Merlin, *Répertoire*.
— *Recueil alphabétique de questions de droit*, 4^e éd. 16 vol. Bruxelles, 1828-1830. = Merlin, *Quest. de dr.*
- Petiet.** — Note sous Cass., 8 juin 1886.
- Petersen.** — Die Civil-Prozess-Ordnung für das deutsche Reich, 3^e éd. par Semelé et Anger, Lahr, 1904-1906. 2 vol. = Petersen.
- Pilon.** — Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations. Thèse Caen, 1897.
- Planck.** — Mehrheit der Rechtsstreigkeiten, Göttingen, 1844, p. 139-147.
- Planiol.** — Traité élémentaire de droit civil. 5^e, 4^e éd., 3 vol. Paris, 1907-1908. = Planiol.
- Proudhon.** — Traité des droits d'usufruit, d'usage, etc. 5 vol. Dijon, 1823-1824. = Proudhon.
- Proust.** — Des effets secondaires de la solidarité passive. Thèse Paris, 1907.
- Renouard.** — Traité des faillites et banqueroutes. 2 vol. Paris, 1844.
- Rodière.** — De la solidarité et de l'indivisibilité. Paris, 1852.
- Saieilles.** — Théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand. 2^e éd. Paris, 1901.
- Tartufari.** — Della rappresentanza nella conclusione dei contratti. *Archivio Giuridico*, 1889-1891, t. 43, p. 61-149 ; t. 44, p. 67-134 ; t. 45, p. 421-528 ; t. 46, p. 106-145.
- Tissier.** — Théorie et pratique de la tierce opposition. Paris, 1890. = Tissier.
— Note sous Cass., 16 décembre 1891, S. 93.1.81.
— Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme. *Rev. trimestr. de dr. civ.*, 1906.

- Thaller et Percerou.** — Traité général de droit commercial. Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, t. I, Paris, 1907. = Thaller et Percerou.
- Toullier.** — Le droit civil français suivant l'ordre du Code. 15 vol. Rennes, 1811-1829. = Toullier.
- Wach.** — Zur Lehre der Rechtskraft, Leipzig, 1899.
- Wachenfeld.** — Die notwendige Streitgenossenschaft, Hanovre. 1894.
- Windscheid.** — Lehrbuch des Pandektenrechts. 1^{re} éd. Düsseldorf, 1870-1874. 4 vol. = Windscheid.
-

DE LA
REPRÉSENTATION IMPARFAITE
EN DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION

La représentation imparfaite est une institution exorbitante du droit commun, en vertu de laquelle certaines personnes peuvent profiter des actes accomplis par certaines autres, sans que ces actes puissent leur être opposés. En d'autres termes les premières ont le choix d'accepter ou de repousser les effets de l'acte juridique accomplis en dehors d'elles. Elles useront naturellement de cette faculté dans le sens de l'acceptation, quand le résultat de l'acte accompli présentera pour elles un caractère favorable, dans le sens du refus ou de l'abstention quand il présentera un caractère défavorable.

C'est là une exception aux règles ordinaires des contrats : en général, l'acte juridique s'impose d'une manière absolue, et ceux qui ont le droit d'en invoquer les effets ne peuvent refuser de les subir. Aussi cette exception ne serait-elle même pas concevable s'il s'agissait de personnes ayant figuré personnellement dans l'acte envisagé. Mais la

représentation imparfaite, comme son nom l'indique, ne fonctionne qu'au profit de certaines catégories de personnes, qui, sans avoir été par elles-mêmes parties à l'acte dont elles ont le droit d'invoquer le bénéfice, peuvent être réputées y avoir été *représentées* par certaines autres. Essayons de montrer dans quelles hypothèses la question se présente.

L'hypothèse principale, celle à laquelle on songe toujours quand on parle de représentation imparfaite, est celle où plusieurs personnes sont unies par les liens d'une même obligation, ou occupent une situation juridique commune (coobligés solidaires ou indivisibles, copropriétaires indivis, débiteur principal et caution, créanciers d'un même débiteur, etc.). Elles ont, par hypothèse, des droits égaux, si bien qu'il semble peu équitable de traiter l'une autrement que l'autre : quel va donc être, à l'égard de toutes, l'effet de l'acte par lequel l'une d'elles modifie la situation juridique qu'elle occupait ? Faut-il établir entre elles l'égalité de position antérieure, et à quelles conditions ?

On peut concevoir trois réponses à cette question : une réponse négative qui, maintenant le principe de la personnalité des effets de l'acte juridique posé par les articles 1163 et 1351 du Code civil, décide que l'acte ne produira d'effet qu'à l'égard de son auteur (théorie de la *non-représentation*) ; une réponse affirmative, qui décide que l'acte produira effet à l'égard de tous, aussi bien quand il empire la situation commune que lorsqu'il l'améliore (théorie de la *représentation parfaite*) ; une réponse affirmative et négative tout à la fois, qui décide que les effets de l'acte seront communs à tous s'il doit améliorer leur situation, qu'ils

leur resteront étrangers au contraire s'il doit l'empirer (théorie de la *représentation imparfaite*).

Une autre hypothèse est celle où deux ou plusieurs personnes, sans occuper une situation juridique commune, ont cependant un droit, lequel peut être de nature différente, sur un même objet (nu-propiétaire et usufruitier, propriétaire sous condition suspensive et propriétaire sous condition résolutoire, etc.). La même question se pose à leur sujet, et est résolue de la même façon.

Après avoir défini la représentation imparfaite par ses effets, et après avoir montré dans quelles hypothèses elle se présente, nous pouvons essayer d'en déterminer la nature juridique exacte.

La formule suivante peut être proposée : la représentation imparfaite est une représentation dont l'existence est subordonnée au résultat favorable de l'acte accompli par le représentant éventuel. Mais cette définition ne doit être admise qu'à la condition de préciser le sens et la portée des termes employés.

I

En premier lieu, nous disons que c'est une *représentation* : or nous devons déterminer ce que nous entendons exactement par là.

Dans la langue juridique française, en effet, ce mot est pris souvent dans des acceptions très différentes, et s'applique en réalité à toutes les hypothèses où une dérogation quelconque est apportée au principe de la personnalité des effets de l'acte juridique. On dit par exemple que l'ayant cause est représenté par son auteur, que l'héritier représente le défunt, que le successible d'un degré éloigné

représente le successible d'un degré plus proche, pour indiquer que certains individus prennent la place d'un autre, succèdent à ses droits et à ses obligations : ce sont là des hypothèses de *successio in locum* dont nous n'avons pas à nous occuper.

Mais on dit aussi que le mandataire représente le mandant, que le gérant d'affaires représente le maître, que le commissionnaire représente le commettant ; le terme de représentation est alors employé dans une acception plus exacte, pour désigner l'agissement pour le compte d'autrui : c'est dans ce sens que nous l'emploierons désormais.

Il y a cependant lieu de faire encore des distinctions : car le terme d'agissement pour le compte d'autrui est lui-même bien vague, et embrasse deux sortes de représentations que l'on n'a pas l'habitude de distinguer en France, mais dont les auteurs allemands ont, depuis longtemps déjà, marqué les caractères opposés.

La théorie de la représentation, c'est-à-dire au sens large, du *remplacement* dans les actes juridiques (1), a passé en effet par deux phases bien distinctes.

Il y eut d'abord une époque où l'on ne concevait même pas qu'il fût possible de déroger au principe de la personnalité des effets de l'acte juridique, où l'on ne comprenait pas que le contrat pût être créateur de droits et d'obligations à l'égard d'une personne qui n'y avait pas été partie. Cependant, de tout temps, le besoin pratique dut se faire sentir d'une institution qui permit à un individu, qui ne voulait pas ou ne pouvait pas, en raison de son âge, de son absence, de son état de maladie, figurer lui-même

(1) Ihering, *Etudes complémentaires de l'Esprit du droit romain*, VI, p. 112-144. V. également, pour l'emploi de ce terme, Lerebours-Pigeonnière, p. 17, note 1.

dans l'acte juridique, d'emprunter, pour conclure le contrat, la personnalité d'un remplaçant. Pour atteindre ce résultat, on dut employer un biais : le remplaçant concluait l'acte en son propre nom, comme s'il avait voulu traiter pour lui-même ; puis, par un acte distinct, conclu avec le remplacé, il en transportait les effets sur la tête de celui-ci. Ainsi par exemple, ayant acheté en son nom propre une maison à un prix convenu, il revendait cette maison au remplacé pour le même prix. Cette manière de faire présentait deux inconvénients : les effets de l'acte accompli se produisant d'abord dans la personne du remplaçant, la chose passait dans le patrimoine du remplacé grevée de toutes les charges dont était grevé le patrimoine du remplaçant, et elle pouvait être saisie par les créanciers de celui-ci, tant que le transfert n'était pas effectué : d'autre part, le remplaçant restait toujours [le maître de ne pas faire le transfert convenu, sans que le remplacé pût lui réclamer autre chose que des dommages-intérêts. Le procédé était donc défectueux et ne réalisait pas d'une manière complète les intentions des parties : c'est un progrès d'être parvenu à s'en passer ; cependant, comme il n'est pas d'institution juridique qui ne présente d'avantages particuliers, ce mode de remplacement est encore pratiqué de nos jours en droit commercial, dans le contrat de commission. Cette représentation, dans laquelle les effets de l'acte accompli ne se produisent dans la personne du représenté qu'après s'être produits dans la personne du représentant, n'est pas, pour les Allemands, la véritable représentation : ils la désignent du nom de représentation *indirecte, médiate, ou imparfaite* (1). Cette

(1) Windscheid, I, § 73, p. 190, n. 2.

représentation imparfaite n'est pas la nôtre ; nous lui réserverons le nom de *représentation indirecte*.

Les inconvénients pratiques de ce mode de remplacement, inconvénients d'autant plus sensibles que l'activité économique se développait davantage, et d'autre part les progrès de la science juridique, abandonnant le formalisme ancien pour faire à la volonté libre une place de plus en plus grande, amenèrent à concevoir l'idée d'un remplacement débarrassé de ces entraves et produisant réellement l'effet que les parties voulaient lui faire produire. Quel but poursuivaient-elles en définitive ? Le remplaçant ne tenait nullement à ce que l'acte accompli par lui pour le compte du remplacé produisît effet dans sa personne ; c'était même plutôt pour lui un embarras ; le remplacé, d'autre part, voulait se rendre partie au contrat par l'intermédiaire de son agent, de manière à ce que tout se passât comme s'il y avait figuré lui-même : il n'avait pas intérêt, bien au contraire, à ce que les effets du contrat n'eussent lieu dans sa personne qu'après avoir passé par celle du représenté. Il était donc infiniment plus simple de supprimer ce stade intermédiaire, et de décider que, désormais, les effets de l'acte accompli par le remplaçant se produiraient directement et immédiatement dans la personne du remplacé, sans effleurer celle de son agent. Une seule personne pouvait y voir un inconvénient : c'était le tiers contractant, qui voulait bien traiter avec le remplaçant, mais qui peut-être ne voulait traiter qu'avec lui : aussi subordonne-t-on à l'acquiescement du tiers la validité de la représentation.

Il faut donc, pour que celle-ci soit réalisée, le concours de trois volontés :

1° La volonté du représentant d'agir pour le compte direct du représenté ;

2° La volonté du tiers contractant de traiter avec le représenté par l'intermédiaire du représentant ;

3° La volonté du représenté de prendre à son compte l'effet de l'acte accompli par le représentant ; nous mentionnons celle-ci en dernier lieu parce qu'il n'est nullement nécessaire qu'elle préexiste à l'agissement du représentant : par exemple, dans l'hypothèse de la gestion d'affaires, que les Allemands appellent parfois *représentation sans pouvoir*, il suffit que le représenté accepte la volonté que le représentant a eue d'agir pour lui.

Il faut encore, sans doute, d'autres conditions, qui sont des conditions de fait : il faut notamment que le représentant agisse dans la limite de ses pouvoirs ; mais les conditions d'ordre intentionnel sont les plus importantes, puisqu'il appartient toujours au maître de ratifier ce que le représentant a fait en dehors des limites du pouvoir. Ce caractère intentionnel de la représentation explique pourquoi cette institution, inconnue aux époques de barbarie où le formalisme règne en maître, dans le vieux droit romain et dans le très ancien droit français, se développe aux époques de civilisation, où le droit fait de plus en plus de part au principe de l'autonomie de la volonté.

La représentation imparfaite ne rentre ni dans l'une ni dans l'autre de ces deux catégories ; elle se rencontre en effet aussi bien dans le cas de représentation directe que dans celui de représentation indirecte. On parle même de représentation imparfaite dans des hypothèses où on n'allègue l'existence d'aucun rapport de représentation, et où une personne peut profiter de l'acte d'une autre en vertu de considérations d'ordre différent, par exemple au cas d'indivisibilité, ce qui ne contribue pas médiocrement à obs-

curcir la notion de représentation imparfaite. Faisant ici une analyse de la doctrine et de la jurisprudence, nous sommes bien obligés de donner au mot de représentation, dans notre définition, le sens très vague et très général qu'il a dans la langue juridique française, qui l'emploie, ainsi que nous l'avons dit plus haut, dans toutes les hypothèses où une dérogation est apportée au principe de la personnalité des effets de l'acte juridique.

II

Nous avons dit, en second lieu, que la représentation imparfaite était une représentation *dont l'existence est subordonnée au caractère favorable du résultat*.

On peut en effet concevoir différentes restrictions au principe de la représentation.

La représentation peut d'abord être limitée *en étendue* : le représentant n'aura le pouvoir d'agir au nom du représenté que pour accomplir certains actes, ou certaines catégories d'actes déterminés : ainsi le tuteur, représentant légal du mineur, ne peut en principe ni contracter d'emprunt pour le compte de celui-ci, ni aliéner ou hypothéquer ses immeubles (1), ni introduire une action en justice relative à ses droits immobiliers, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits (2). On dit alors qu'il y a *représentation restreinte*. Il est important de distinguer ce genre de représentation de la représentation spéciale qui nous occupe, car on les confond souvent.

Cette confusion est facile à comprendre : pour quelles raisons en effet songe-t-on à restreindre les pouvoirs du

(1) C. civ., art. 457.

(2) C. civ., art. 464.

représentant ? C'est, en général, parce qu'on redoute que l'acte accompli par lui ne cause préjudice au représenté : ainsi, le Code de 1804 défend au tuteur de vendre les immeubles du mineur, parce qu'il considère la richesse immobilière comme la richesse par excellence, le placement en immeubles comme le « placement de père de famille » idéal, et qu'il en considère l'aliénation comme dangereuse ; de même, il lui défend d'acquiescer à une demande relative à des droits immobiliers pour les mêmes raisons, et aussi parce que l'acquiescement est un acte de renonciation, qui compromet les droits du mineur d'une manière définitive. C'est donc le caractère désavantageux du résultat possible de l'acte du tuteur qui détermine la prohibition légale : et cependant la représentation restreinte n'est pas une représentation imparfaite, parce que d'abord, les actes que le représentant a le droit d'accomplir ont effet à l'égard du représenté, quelles qu'en soient pour lui les conséquences, et aussi parce que la nature du résultat pris en considération n'est pas la même : dans la première, il s'agit du résultat *probable*, escompté à l'avance ; dans la seconde, il s'agit du résultat *effectif*, tel qu'il s'est réellement produit ; la représentation est exclue dans le premier cas en vertu d'une prévision, dans le second, par l'effet d'un événement.

Cependant, la distinction est un peu ténue ; on pourrait concevoir que, dans certains cas, la représentation restreinte puisse se transformer en représentation imparfaite. Supposons que le tuteur, au mépris de l'article 464, intente une action immobilière au nom de son pupille, sans l'autorisation du conseil de famille, et que, son adversaire ayant négligé de lui opposer son défaut de qualité, il gagne le procès. On pourra raisonner de la façon suivante : le

tuteur n'est pas autorisé à exercer une action immobilière au nom du mineur parce qu'on craint que l'exercice n'en soit dangereux pour les intérêts de celui-ci : or l'événement a démontré que ces craintes étaient, dans l'espèce, mal fondées : par conséquent, il n'y a aucune raison pour refuser au mineur le bénéfice de l'action intentée par son tuteur : il doit profiter du résultat avantageux de celle-ci. Mais ce sera l'effet, non pas de la représentation, mais du fonctionnement des règles de l'action en nullité pour cause de minorité. Arrivé à sa majorité, l'incapable, pourra l'exercer, s'il se juge lésé ; mais il se gardera bien de le faire si l'acte accompli par le tuteur a un résultat avantageux pour lui : il le ratifiera au contraire, et tout se passera comme en matière de gestion d'affaires ordinaire.

Cet exemple suffit à montrer combien il est difficile de marquer la différence qui sépare ces deux sortes de représentation ; cependant, et sous réserve des règles de l'action en annulabilité, toutes les fois que nous rencontrerons une limitation du pouvoir fondée sur le caractère du résultat probable et non du résultat effectif, fixée à l'avance au lieu de l'être après coup, nous dirons qu'il y a représentation restreinte, mais qu'il n'y a pas représentation imparfaite.

La représentation peut être encore limitée *dans son existence* par un terme ou une condition.

La *représentation à terme* ne présente rien de particulier : l'existence de la représentation n'est que retardée : et, quand le terme sera venu, elle produira tous ses effets habituels. Par exemple si le mandant charge le mandataire de lui acheter telle maison dans deux ans, pendant deux ans, le mandataire n'aura aucun pouvoir, mais les deux ans écoulés, il aura tous les pouvoirs que confère la qualité acceptée par lui.

La *représentation conditionnelle* soulève au contraire des questions beaucoup plus délicates. Il n'y a pas lieu, croyons-nous, de distinguer ici entre la condition suspensive et la condition résolutoire, car elles produisent les mêmes effets : il vaut mieux distinguer entre la représentation sans pouvoir, et la représentation avec pouvoir préexistant.

La représentation sans pouvoir présente, au premier abord, l'aspect d'une représentation conditionnelle, puisque le rapport de représentation ne sera établi qu'après la ratification de l'acte du gérant. Mais cela n'est pas vrai d'une manière absolue : dans tous les cas où la gestion a été utile, le maître est tenu de ratifier, et l'on sait que l'utilité de la gestion s'apprécie au moment où l'acte est accompli ; par conséquent, dans tous les cas où elle est réalisée, on est assuré à l'avance que la ratification interviendra. L'existence de la représentation n'est donc incertaine que dans le cas où la gestion ne présente pas un caractère utile : le maître est alors libre d'en accepter ou d'en repousser les effets : il prendra naturellement le premier parti quand les résultats de la gestion se trouveront en définitive avantageux ; dans le cas contraire, il refusera presque toujours la ratification. De sorte que, dans cette hypothèse, la gestion d'affaires est une véritable représentation conditionnelle.

Mais pour qu'elle puisse fonctionner ainsi, il faut que les parties soient d'accord : nous savons que pour cela le concours des trois volontés, du représentant, du tiers contractant, et du représenté, est nécessaire ; or la volonté dont il importe ici de constater l'existence, c'est celle du tiers contractant, le représenté, pas plus que le représentant ne devant souffrir d'ordinaire en aucune façon de la

condition apposée. Le tiers contractant, au contraire, a le plus grand intérêt à savoir si l'engagement qu'il prend a pour contrepartie un engagement ferme ou conditionnel : ainsi, pour prendre une hypothèse qui rentre dans le sujet de cette étude, celui qui accepte de plaider avec un représentant a besoin de savoir si celui-ci représente le maître d'une manière complète, ou s'il ne le représente qu'à la condition de gagner le procès. S'il plaît au tiers de plaider dans ces conditions, il en est absolument libre, et la représentation conditionnelle fonctionnera ; si, au contraire, il se refuse à plaider hors de la présence du représenté éventuel, le rapport de représentation ne pourra se former.

Dans la représentation avec pouvoir préexistant, l'intervention d'une condition est moins habituelle ; cependant on conçoit parfaitement qu'il en soit apposé une ; mais le fonctionnement de celle-ci sera subordonné, comme dans l'hypothèse précédente, à l'acquiescement du tiers contractant.

Nous serrons donc d'un peu plus près la nature de la représentation imparfaite : ce n'est en réalité qu'une représentation conditionnelle, où la condition porte sur le caractère du résultat effectif de l'acte accompli. Le remplaçant représente le maître, à la condition que son acte produise d'une façon effective d'heureux effets pour celui-ci. La représentation imparfaite fonctionne donc d'une manière analogue à celle dont fonctionne la gestion d'affaires quand l'acte du gérant ne présente pas de caractère utile au moment où il est accompli. Elle ne se confond cependant pas avec elle : en premier lieu, parce qu'elle se présente souvent sous la forme du mandat ; en second lieu, parce que, même dans l'hypothèse où elle se présente sous la

forme de gestion d'affaires, il s'agit d'une gestion d'affaires d'un caractère spécial, où le gérant agit autant pour son propre compte que pour le compte du géré, et où celui-ci n'est jamais forcé de ratifier, même quand l'acte présente un caractère utile au moment où il est fait. On comprendra mieux ces différences, que nous ne faisons ici qu'indiquer, quand nous aurons montré comment la représentation imparfaite fonctionne en pratique.

III

Le moment est venu, après ces considérations préliminaires qu'il était indispensable de donner pour faire comprendre la suite de nos explications, d'exposer le plan que nous nous proposons de suivre.

Comme l'historique de l'idée de représentation imparfaite n'a été entrepris jusqu'ici que d'une manière fragmentaire, et seulement dans la solidarité, nous consacrerons un premier chapitre à l'histoire de l'idée elle-même, dans le droit romain et dans l'ancien droit français.

Puis, nous entreprendrons d'étudier la représentation imparfaite dans notre droit moderne dans chacune des hypothèses où elle se rencontre : solidarité, indivisibilité, cautionnement, garantie, indivision, droits des créanciers, etc., ce qui nous fournira la matière d'autant de chapitres.

Enfin, dans un dernier chapitre, nous rassemblerons les résultats que nos recherches nous auront donnés, et nous ferons la critique de la théorie de la représentation imparfaite au point de vue des textes, de l'utilité pratique, et de la doctrine véritable de la représentation ; nous terminerons en indiquant par quels moyens on pourrait pourvoir aux besoins pratiques auxquels la théorie que nous étudions a pour objet de satisfaire.

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

LA REPRÉSENTATION IMPARFAITE EN DROIT ROMAIN.

Nous nous proposons, dans ce chapitre, de rechercher si la représentation imparfaite a été connue du droit romain, et, dans le cas où notre recherche serait infructueuse, d'examiner s'il n'existe pas au moins quelque chose qui s'en rapproche.

On sait que la représentation n'a été connue à Rome que très tard, et qu'il est même douteux que les Romains se soient jamais élevés jusqu'à la conception d'une représentation véritable : ils en sont demeurés à la phase de la représentation indirecte (1). Il importe peu ici d'en chercher la raison (2) : le fait est certain. Il explique que les

(1) Girard, *Manuel*⁴, p. 670 et 672. — Cf. Foucault, *De la représentation dans le mandat et la gestion d'affaires en droit romain*. Thèse, Paris, 1893, p. 13-42.

(2) On a donné de ce fait bien des explications : logiques (Pachta), philosophiques (Unger et Laband réfutés par Hellmann), économiques (Schlossmann critiqué par Mitteis), techniques (Mitteis, qui invoque

Romains aient borné l'application de l'idée de représentation aux hypothèses où elle était strictement nécessaire, sans songer à l'étendre, comme on l'a fait chez nous, en matière de cautionnement, d'indivisibilité, de garantie, et surtout de solidarité.

Pourtant, dans cette dernière matière, certains auteurs ont tenté d'expliquer par l'idée de représentation les solutions admises à Rome.

On sait qu'à Rome la solidarité revêt deux formes distinctes : la corréalité et l'obligation *in solidum* dont la source et les effets sont différents (1).

L'une et l'autre se ressemblent en ceci : dans toutes deux, le créancier a le droit d'exiger le paiement total de l'un des débiteurs, le débiteur est obligé de payer toute la dette à l'un des créanciers. Mais, tandis que l'effet de l'obligation *in solidum* n'est pas plus étendu, celui de la corréalité ne se restreint pas à cela. Indépendamment des différences secondaires tenant aux conséquences de la faute ou de la demeure de l'un des codébiteurs (2), ou à

les règles du formalisme, et Ihering qui constate que cette exclusion confirme le principe posé par lui de l'indivisibilité de l'acte juridique).

(1) La première naissant de la convention des parties, la seconde de la loi. V. sur ce point Gérardin, *Etude sur la solidarité*, *Nouv. Rev. hist.*, 1884.

(2) Celles-ci ne sont pas nettement déterminées ; il y a en effet sur ce point deux textes opposés : celui de Pomponius (D. 45,2,18), d'après lequel en matière de faute, *alterius factum alteri nocet*, et celui de Marcien (D. 22,1, *De usuris*, 32,4), d'après lequel en matière de demeure, *alterius mora alteri non nocet* (Cf. Paul, D. 50,17, *De R. J.*, 173,2). Une controverse célèbre est née de cette divergence ; elle a eu des conséquences très importantes pour la théorie de la solidarité ainsi que nous le verrons plus loin, car c'est pour résoudre le conflit que Dumoulin (3,126) a écrit pour la première fois la phrase fameuse « *conservando, non augendo obligationem* » qui a fait une si surprenante fortune. Nous étudierons à propos du commentaire de Dumoulin les explications diverses qu'on a proposées à ce sujet.

d'autres causes encore (1), la différence principale réside dans l'effet de la *litis contestatio* faite par le créancier contre l'un des débiteurs, ou contre le débiteur par l'un des créanciers.

Si l'obligation est corréale, la *litis contestatio* faite avec l'un éteint l'obligation à l'égard de tous les autres : si l'obligation est *in solidum*, la *litis contestatio* faite avec l'un ne l'éteint pas au regard des autres. Ce résultat paraît être la conséquence des sources différentes d'où naissent les deux obligations, la première étant presque toujours conventionnelle, la seconde n'étant guère que délictuelle (2). On a essayé de l'expliquer autrement, soit par l'unité de l'obligation corréale (3), soit, — et ceci nous intéresse plus particulièrement, — par l'effet de la représentation.

Cette dernière théorie a été soutenue par Brinz (4) : il semble admettre, comme Keller, que l'obligation corréale est unique, mais cela ne suffit pas, selon lui, à expliquer qu'un seul débiteur ou créancier puisse lier le procès : car, pour que l'*exceptio rei judicatae vel in iudicium deductae* puisse être opposée, il faut, non seulement identité d'objet, mais identité de cause et de parties. En réalité, l'obligation corréale suppose une *cognitoris datio* tacite ; mais en raison du formalisme romain, le créancier ou le débiteur corréal apparaît comme agissant en nom propre. Ce rapport de représentation réciproque est même le but principal du contrat : il explique seul que les personnes

(1) Comme l'extinction partielle résultant du pacte *de non petendo* consenti à l'un des débiteurs ou par l'un des créanciers, etc. V. Girard, p. 741.

(2) V. Gérardin, *op. cit.*

(3) *Ibid.*

(4) Brinz, II, § 253, p. 164-171.

différentes des cocréanciers ou des codébiteurs soient regardées comme identiques, et que l'effet extinctif de la *litis contestatio* puisse avoir lieu.

A l'appui de cette thèse, Brinz invoque des arguments terminologiques et cite deux textes, qui prouvent, selon lui, que la jurisprudence romaine a déjà vu, dans l'engagement simultanément des débiteurs corréaux, l'intention d'assumer les effets d'une représentation réciproque (1).

Cette théorie paraît avoir eu en Allemagne assez peu de succès (2). En France, M. Gérardin l'a combattue (3) : il reconnaît que l'autorité de la chose jugée exige l'identité d'objet et l'identité de parties, mais ne trouve rien dans les textes qui puisse faire admettre l'idée de représentation : il se résigne donc à considérer l'unité d'objet comme l'élément essentiel de la *consummatio litis* (4).

Cette opinion nous paraît d'autant plus plausible que l'effet extinctif de la *litis contestatio* est surtout la conséquence de la règle ancienne *bis de eadem re agi non potest*, et qu'il se distingue nettement de l'autorité de la chose jugée qui n'appartient qu'au jugement (5).

(1) Const. Valérien et Gallien de 259, C. 4, 65 *de locato et conducto*, 13 et Paul, D. 4, 8, *de receptis*, 34, pr. D'après lui (p. 168, n. 36) c'est certainement aussi des débiteurs solidaires que parle Gaius, 3, 115 et 116.

(2) Elle a été adoptée par Waldner, *die correale Solidarität*, Vienne, 1885 : Le coobligé solidaire serait créancier ou débiteur en nom propre pour sa part, et représentant pour le reste ; mais v. les critiques de M. Mitteis, *Individualisirung der Obligatio*, p. 53-54 en note.

(3) *Nouv. rev. hist.*, 1884, p. 263.

(4) V. dans le même sens : Duchon, thèse Paris, 1907, p. 26-28, qui cite en outre deux textes (D. 40, 1, *de verbor. oblig.*, 128 et D. 4, 8, *de receptis*, 34, ce dernier déjà cité par Brinz en faveur de sa théorie). Ni l'un ni l'autre ne nous paraissent d'ailleurs décisifs.

(5) Girard, *Manuel*¹, p. 1033-1036.

D'autre part, qu'est-ce que la *cognitoris datio* tacite que Brinz suppose comme fondement à la corréalité ? L'établissement du *cognitor*, c'est-à-dire du représentant en justice, ne peut se faire que d'une manière solennelle, en termes sacramentels et en présence de l'adversaire (1) ; sa constitution tacite ne remplirait aucune des conditions nécessaires. Une *procuratoris datio* tacite serait seule concevable ; mais le *procurator* n'est pas un représentant véritable : les actes accomplis par lui produisent effet dans sa personne avant qu'il n'en transporte les conséquences au représenté (2) ; on ne peut rendre compte par là de l'effet immédiat de la *litis contestatio* au profit de tous. Les textes cités par Brinz ne sont pas d'ailleurs très probants : nous ne croyons donc pas que sa théorie, pour ingénieuse et intéressante qu'elle soit, puisse se soutenir : et d'ailleurs, elle n'a qu'un lointain rapport avec la théorie de la représentation imparfaite.

Puisque nos recherches sont infructueuses de ce côté, n'est-il pas possible de trouver autre part des traces de l'idée de représentation imparfaite ? Il y a une règle formulée dans les textes, qui semble en être l'expression : c'est la règle *condicio nostra per alterum deterior fieri non potest* (3). Cette règle trouve surtout son application dans l'hypothèse où il s'agit d'apprécier la validité des actes accomplis par les personnes en puissance pour le compte du *paterfamilias*. Si elles peuvent en effet rendre sa condition meilleure, elles ne sauraient la rendre pire : ce qui

(1) Girard, *op. cit.*, p. 1019-1021. V. également Debray, *De la représentation en justice par le cognitor*. Thèse Paris, 1892.

(2) Girard, *op. cit.*, p. 730-731.

(3) V. Schlossmann, II, p. 210-217 et les textes cités.

veut dire pratiquement qu'elles ont bien pouvoir pour augmenter son patrimoine, mais non pour le diminuer (1) : on considère en effet qu'il est toujours avantageux d'acquérir, qu'il est toujours désavantageux d'aliéner ou de s'obliger. Il importe peu que cette idée soit en réalité superficielle et même inexacte (2) : nous cherchons seulement à savoir si le fait que le résultat est seul pris en considération pour décider de la valeur de l'acte accompli n'est pas la manifestation d'une tendance analogue à celle qui inspire la représentation imparfaite.

Il n'est pas douteux que la représentation véritable n'est pas ici en jeu. Les personnes en puissance n'agissent pas au nom du *paterfamilias*, mais en leur nom propre (3) : seulement comme elles n'ont pas de patrimoine, — le fils de famille n'ayant qu'un droit éventuel à une partie du patrimoine commun de la famille, droit dont l'ouverture est subordonnée à la disparition du *paterfamilias* (4), et l'esclave étant considéré lui-même comme une chose, susceptible d'appropriation individuelle (5), — leurs acquisitions ne peuvent profiter qu'au père de famille, considéré

(1) Girard, p. 95. — Cf. C. 7, 32, *De acquir. et retinend. poss.* Justinien, 2.

(2) Il est en effet difficile d'obtenir un engagement d'autrui si on ne lui offre en échange sa propre obligation : l'idée romaine ne peut s'expliquer que par le peu de développement des relations commerciales à l'époque primitive. Cf. Girard, *Manuel* ⁴, p. 95 et 662.

(3) Mitteis, *Stellvertretung*, p. 19 et sq. Cf. le formulaire de mancipation fiduciaire découvert en Bétique, Girard, *Textes* ³, p. 786-787. V. cep. *Instit.*, III, 19, 13 et D. 39, 2, 42 (*domini voce loqui videtur*).

(4) C'est une idée aujourd'hui certaine que Rome a connu la copropriété familiale et que celle-ci n'a jamais complètement disparu. Bien des institutions du droit civil romain ne s'expliquent que par cette notion, notamment celle des *heredes sui*. V. sur ce point Girard, *Manuel* ⁴, p. 840.

(5) Cf. les textes cités par Girard, *Manuel* ⁴, p. 92, n. 2 et 3.

comme le titulaire du patrimoine commun dans lequel leurs droits, et jusqu'à leurs personnes viennent s'absorber. Mais pourquoi leur activité profite-t-elle au père de famille sans pouvoir lui nuire ?

C'est une question que personne n'a paru se poser jusqu'ici et à laquelle les textes ne fournissent pas de réponse : nous ne pouvons donc, pour la résoudre, proposer que des hypothèses.

Il faut remarquer d'abord que la volonté du *paterfamilias* ne joue aucun rôle dans le résultat produit : d'une part, il acquiert par l'intermédiaire des personnes en puissance, même contre son gré ; d'autre part, il ne peut s'obliger par leur intermédiaire, quand même il le voudrait ; les réformes du droit prétorien ont eu précisément pour but de le lui permettre (1). Il faut donc que la règle *Conditio nostra* soit fondée, non pas sur la volonté présumée du père de famille, mais sur les rapports juridiques qui l'unissent aux personnes soumises à sa puissance.

Nous savons quels sont ces rapports : les biens et même les personnes du fils de famille et de l'esclave sont absorbés dans le patrimoine commun de la famille, dont le *paterfamilias* est le titulaire ; on comprend d'après cela que leurs acquisitions s'absorbent elles aussi dans ce patrimoine, mais on ne voit pas pourquoi il n'en est pas de même de leurs aliénations.

Peut être pourrait-on invoquer l'état de dépendance dans lequel ils sont placés vis-à-vis du père de famille : seul titulaire du patrimoine, celui-ci avait seul les pou-

(1) D. 41, 1, *De adquir. rerum dominio*, 32, Gaius : *Etiam invitis nobis adquiritur ex omnibus causis*, et D. 45, 1, *De verbor. oblig.*, 72, Julien : *Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilominus obligat domino promissorem.*

voirs nécessaires pour faire sur lui acte de disposition ; il ne pouvait autoriser le fils de famille ou l'esclave à l'obliger, parce que ce serait le constituer représentant, et qu'à l'époque ancienne la représentation est inconnue.

La règle *Conditio nostra per alterum deterior fieri non potest* n'offre donc qu'une ressemblance assez lointaine avec l'idée de représentation imparfaite ; elle présente cependant avec elle ce trait commun d'attacher une grande importance au caractère favorable ou désavantageux du résultat.

On peut la rapprocher à ce point de vue de la règle admise en matière de minorité. L'impubère *pubertati proximus* n'a de capacité que pour les actes qui augmentent son patrimoine, et est incapable d'accomplir ceux qui le diminuent, en vertu du principe qu'il peut rendre sa condition meilleure, mais ne peut la rendre pire (1). Il est bien évident qu'il n'est pas question ici de représentation, et cette règle ne doit être retenue que pour l'analogie qu'elle présente avec la précédente.

(1) *Instit.*, I, 24, *De auctorit. tut.*, pr.

CHAPITRE II

LA REPRÉSENTATION IMPARFAITE DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

La période dont l'étude fait l'objet de ce chapitre est d'une telle étendue qu'il nous faut diviser celui-ci en deux sections, la première consacrée à l'ancien droit français jusqu'au xvi^e siècle, et la seconde à l'ancien droit français à partir du xvi^e siècle.

SECTION I. — Droit antérieur au XVI^e siècle.

Le très ancien droit français est aussi formaliste que le droit romain primitif ; aussi la représentation en est-elle exclue (1). Ce n'est que peu à peu, et par une évolution analogue à celle du droit romain, que le remplacement dans les actes juridiques et dans les instances judiciaires fut autorisé ; encore paraît-on en être demeuré, jusqu'au xv^e siècle, à la phase de la représentation indirecte (2).

La représentation imparfaite aurait pu cependant naître et se développer, puisque nous savons déjà que, dans beaucoup des cas qu'elle embrasse, il ne saurait être question de représentation proprement dite (3). Mais les sources ne nous en montrent nulle trace, en dehors de la tutelle.

(1) Viollet, p. 594-600 ; Brissaud, II, p. 1377-1396.

(2) Brissaud, II, p. 1442.

(3) V. plus haut, p. 7-8.

A propos du quasi-contrat de gestion d'affaires, le *Livre de Jostice et Plet* dit bien, il est vrai, que « nos poons bien fere l'aferè à celui qui rien n'en siet, tot ne le vuele-t-il. Mès nos ne le poons empirer (1) ». Mais il ne faut voir, à notre avis, dans cette formule que l'expression de l'idée de gestion d'affaires : on a le droit d'agir pour le compte d'autrui, sans autorisation, mais à la condition que l'acte accompli présente un caractère d'utilité à l'égard du géré.

En revanche, une solution voisine est admise, dès cette époque, en ce qui concerne l'effet des actes accomplis pour le compte du mineur par son tuteur. Le principe fondamental est le même qu'en droit romain : le mineur peut améliorer sa condition sans pouvoir la rendre pire ; et ce principe s'applique aussi aux actes du tuteur. En sorte que le mineur, arrivé à majorité, peut demander la rescision des actes passés par son représentant légal, s'ils lui causent un préjudice (2) : on peut donc dire qu'il y a en quelque sorte représentation imparfaite. Il faut remarquer cependant que l'acte du tuteur n'est pas nul de plein droit, il est seulement vicié dans son essence : le pupille ne peut se contenter d'en repousser les effets et s'il veut les éviter, il doit provoquer l'annulation : la situation diffère donc un peu de la représentation imparfaite ordinaire.

Ces idées ne furent d'ailleurs pas admises sans résistance : dans Beaumanoir, notamment, nous avons découvert une réfutation de la théorie de la représentation imparfaite appliquée aux actions en justice. Beaumanoir veut que l'on regarde non pas le résultat de l'acte du tuteur, mais l'intention qui l'a fait agir, « si le marchié fut fès sans fraude

(1) *Jostice et Plet*, p. 107, § 14.

(2) Sur tous ces points, V. Brissaud, p. 1166-1167.

et sans malice, pour le pourfit du sous-aagié ou pour son damage » (1). Il veut aussi que, lorsque le tuteur intente une action en justice, le jugement qui doit intervenir ait effet à l'égard du mineur, sans qu'on distingue s'il lui est favorable ou non. Il en donne une raison très curieuse, et qui montre combien il devançait son époque : il faut, dans un procès, que la situation des deux parties soit égale, et que toutes deux soient soumises aux mêmes risques : « Ce qui est pliedé pour les enfans par le tuteur establi de par le seigneur, doit estre tenu, *soit pour les enfans ou contre les enfans*, car s'ils ne pouoient perdre en plet et il pouuoient gaagner, cil qui se defendroient contre les tuteurs n'avroient pas jeu parti » (2).

Il fait toutefois une restriction : le principe posé par lui ne s'applique qu'à l'hypothèse où le tuteur est demandeur, non à celle où il est défendeur (3). On faisait en effet à cette époque une grande différence entre la situation de demandeur, qu'on a choisie soi-même, et celle de défendeur, qui est imposée par l'action de l'adversaire (4). Aussi était-on plus favorable au défendeur, lui permettant de se faire remplacer, et lui accordant, quand il était mineur, l'action en rescision contre les jugemens rendus à son détriment (5).

Dès son apparition, la théorie de la représentation imparfaite provoque donc la critique. Beaumanoir a bien vu le point faible : elle porte atteinte à l'égalité de situation qui

(1) Beaumanoir, ch. 16, n. 4 et sq.

(2) *Id.*, p. 277, n. 575.

(3) *Eod. loc.*, « mes... defendant ».

(4) Nous ne faisons qu'exposer l'idée du temps sans la critiquer, mais il est évident qu'elle n'est pas juste. V. à ce sujet les remarques de Brissaud, II, p. 1445.

(5) V. Brissaud, *eod. loc.*

doit exister entre les parties à un procès. C'est cette raison, la plus décisive de toutes, qui est encore invoquée de nos jours par les adversaires de la théorie (1) : l'auteur des *Coutumes de Beauvoisis* est donc sur ce point un précurseur.

On n'en saurait dire autant de Boutillier ; certains passages de son œuvre, favorablement interprétés, pourraient faire croire, il est vrai, que la représentation imparfaite était admise vers 1395 (2) ; mais ce serait une erreur de leur donner cette portée.

Boutillier, qui distingue trois sortes de procureurs (3), les *procureurs aux négoces*, c'est-à-dire les mandataires, les *procureurs à litige*, c'est-à-dire les agents qui tenaient la place de nos avoués actuels, et enfin les *procureurs aux causes*, ou *d'office*, c'est-à-dire les procureurs fiscaux chargés par le seigneur du ministère public sur le territoire de sa juridiction, dit que ces derniers ne peuvent « déchoir en défaut comme autres, sauf quand il s'agit de l'héritage et domaine de leur seigneur » (4). Le procureur d'office ne peut en effet « faire chose qui puisse amoindrir cet héritage, mais croistre le pourrait-il, car en tel cas le prince en sa juridiction ferait comme mineur » (5). De

(1) Notamment par Laurent et Colmet de Santerre, ainsi que nous le verrons dans un autre chapitre.

(2) C'est la date assignée à la *Somme rural* par la plupart des auteurs modernes. Cf. Brissaud, I, p. 291-292. On a souvent donné à tort la date de 1402 d'après l'édition de Charondas le Caron (Cf. la nouvelle édition de 1621), et le testament de Boutillier qui y est contenu porte lui aussi la date du 16 septembre 1402 ; mais il paraît établi que Boutillier est mort en 1395.

(3) *Somme rural*, p. 72.

(4) p. 83.

(5) p. 85.

même, en traitant des procureurs du roi, qui sont au roi ce que le procureur fiscal est au seigneur, Boutillier dit « que le défaut ne se donne contre le procureur du roi, pour ce qu'il ne peut amoindrir le domaine, mais le peut bien garder et défendre » (1).

Bien que le caractère du résultat semble pris en considération pour déterminer s'il y a représentation ou non, il s'agit plutôt ici d'une représentation restreinte dès le principe et d'une limitation des pouvoirs du procureur, que d'une représentation subordonnée au résultat heureux de l'exercice du pouvoir.

Il est d'ailleurs malaisé de dire si la formule de Boutillier reflète fidèlement le droit de son temps ; en tout cas, deux siècles après, Charondas le Caron (2) refuse de l'accepter, pour la même raison que Beaumanoir : l'égalité de situation qui doit exister entre les parties : « L'égalité de justice requiert qu'après délais compétens on puisse forclore le procureur du roi ou le seigneur en sa justice... afin que sa demeure et négligence ne soit cause d'empêcher le jugement. Aussi en plusieurs cas le fait du procureur préjudicie au seigneur » (3). Mais les dires de Charondas ne valent que pour l'époque où il écrit, et peut-être l'opinion qu'il soutient lui est-elle personnelle.

Tels sont les résultats de notre enquête en ce qui concerne le droit du moyen-âge. Au seuil du xvi^e siècle, nous constatons l'existence de la représentation, débarrassée des entraves anciennes (4), mais sauf dans la matière

(1) p. 50.

(2) Notes sur Boutillier, *Somme rural*, éd. 1621, p. 90, n. aa.

(3) *Eod. loc.* V. également les citations en ce sens qu'il fait d'Imbert et de Guénois.

(4) Brissaud, *eod. loc.*, V. également l'ord. de François I^{er} du 13 janvier 1528, art. 1. (Isambert, XII, 307).

spéciale de la tutelle nous n'avons encore découvert nulle part la représentation imparfaite. Le xvi^e siècle va nous montrer l'origine de celle-ci.

SECTION II. — Droit postérieur au XVI^e siècle.

Nous étudierons d'abord la représentation imparfaite dans le mandat, à propos duquel Domat a soutenu des théories particulières. Nous l'étudierons ensuite dans les hypothèses où un coobligé agit dans l'intérêt commun de ses consorts.

§ 1. — Représentation imparfaite dans le mandat.

Domat émet une théorie qui se rapproche de la théorie du résultat en matière de mandat conventionnel et en matière de mandat légal.

1^o Mandat conventionnel.

Domat se fait de la représentation une conception exacte, qui sera plus tard celle du Code civil : pour lui elle est directe et immédiate (1). Cependant il formule un principe qui semble ne pas s'accorder très bien avec cette conception : « Le procureur constitué ou autre préposé se peut faire meilleure la condition de celui de qui il a la charge, mais non l'empirer (2). » Il en développe aussitôt l'application : « Ainsi, il peut acheter à un moindre prix que ce qu'il avait pouvoir de donner, mais non plus cherement ».

En réalité, Domat reproduit la solution qu'il trouve dans les lois romaines, mais, voulant l'appliquer au droit de son temps, il l'interprète à sa façon et la réduit à n'être que la justification d'une règle tout à fait différente, celle qui défend au mandataire de dépasser ses pouvoirs. Il con-

(1) *Loix civiles*, l. I, t. XV, p. 136 et suiv.

(2) *Eod. loc.*, sect. 3, art. 6, p. 140.

fond deux choses : l'exécution du mandat, qui peut être plus ou moins avantageuse, et le profit que le mandant doit retirer de l'acte de son préposé. Acheter moins cher que le mandant ne l'avait permis, c'est sans doute améliorer la situation qu'il avait accepté de prendre dans le contrat : ce n'est pas améliorer sa situation antérieure ni accroître son patrimoine. La représentation imparfaite n'a donc rien à faire ici.

2^o *Mandat légal.*

En matière de tutelle, Domat tombe dans la même contradiction. Il admet la représentation directe et immédiate de l'incapable par son tuteur et la règle *factum tutoris, factum pupilli* (1) ; et en même temps il décide que le pupille, assisté ou non de son tuteur, représenté ou non par lui, — le tuteur fût-il son propre père, — peut toujours être relevé de l'acte qui lui porte préjudice ; « Car le tuteur n'a de pouvoir que pour conserver le bien du mineur, et non pour lui nuire (2). » « Car le pouvoir du tuteur est borné à ce qui peut être utile au mineur (3) ».

Ces formules évoquent bien l'idée de la théorie que nous cherchons : pour leur explication, nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut (4).

§ 2. — Représentation imparfaite en dehors du mandat.

La liste des hypothèses, à propos desquelles on peut examiner la question de représentation imparfaite, n'est pas alors aussi longue qu'aujourd'hui. En dehors de la so-

(1) *Loix civiles*, I, p. 161, au titre « des Tuteurs », art. 9 : « Le pouvoir et l'autorité du tuteur ont cet effet que tout ce qu'il gère est considéré comme le fait propre du mineur. »

(2) *Eod. loc.*, art. 10.

(3) *Op. cit.*, I, p. 319, au titre « des Rescissions », art. 19.

(4) V. *suprà*, p. 24.

lidarité, de l'indivisibilité, de l'indivision, et du cautionnement, aucun cas ne peut être sérieusement envisagé ; encore ces quatre institutions sont-elles souvent confondues par les auteurs dans une même réglementation, parce qu'elles sont toutes des institutions où des coobligés sont unis dans une situation commune. Il est donc impossible de les étudier séparément ; l'ordre historique est le seul que nous puissions suivre.

1^o Origine de l'idée.

L'idée de représentation imparfaite a son point de départ dans les doctrines que Dumoulin a soutenues en matière de solidarité.

On sait que Dumoulin traite de la solidarité dans le traité qu'il a consacré à l'indivisibilité ; à vrai dire, son but principal paraît être de la distinguer de cette dernière. Avant lui, on les confondait volontiers, et l'on croyait que l'obligation « corréale » était la même que l'obligation « individuelle », parce que, dans l'une comme dans l'autre, le paiement de la prestation totale peut être exigé d'un seul des coobligés. Mais Dumoulin montre qu'il y a là une erreur.

L'obligation corréale, dit-il, est « dividuelle » quoique indivise ; la preuve en est que le créancier peut diviser son action entre les divers codébiteurs (1) ; il n'y a d'exception à cette règle que lorsque l'objet de l'obligation est lui-même « individuel ». Pour lui, en effet, la principale différence entre la corréalité et l'indivisibilité paraît consister dans la manière dont l'objet est dû : dans la première, on doit *ad totum* et non *totaliter*, dans la seconde, on ne doit pas *ad totum* mais *totaliter* (2) ; ce qui

(1) *Extrictio*, III, 11.

(2) *Op. cit.*, III, 107.

semble vouloir dire que le débiteur corréal doit payer le tout en vertu de l'engagement personnel qu'il a pris, tandis que le débiteur indivisible est tenu de la même obligation en vertu de la nature des choses : ainsi que le dit Dumoulin, l'obligation de l'un est personnelle, celle de l'autre est réelle (1). Pothier donne une idée différente de la distinction de Dumoulin (2) : il dit que, d'après celui-ci, les débiteurs corréaux sont tenus *ad totum et totaliter*, tandis que les débiteurs indivisibles doivent *totum* et non *totaliter*. Nous n'avons pu retrouver cette formule dans les sources (3).

Mais le rôle de Dumoulin s'arrête là ; il ne songe pas à substituer une explication nouvelle aux idées anciennes d'unité d'objet et de pluralité de liens, auxquelles il fait à maintes reprises allusion. D'où vient donc qu'on ait voulu faire de lui le promoteur de l'idée de représentation imparfaite ?

C'est que, si Dumoulin n'a pas inventé lui-même cette dernière théorie, il lui a en quelque sorte donné naissance, en employant une formule à laquelle il ne prêtait assurément pas tant de portée, à propos des conséquences de la faute et de la demeure de l'un des débiteurs solidaires. Nous avons déjà signalé l'antinomie qui existe à ce sujet entre deux textes du Digeste, l'un de Pomponius (4), l'autre de Marcien (5).

(1) « Magis est realis quam personalis. » *Traité des Usures*, quest. 89, n° 671.

(2) Pothier, n° 262.

(3) La formule de Dumoulin paraît du reste meilleure que celle de Pothier ; car si le débiteur est tenu au tout, c'est évidemment parce qu'il doit le tout, mais non pas pour tout, puisqu'il a un recours à exercer contre ses codébiteurs : il en est de même du débiteur indivisible. Il n'y a de différence que dans la façon dont ils sont tenus de la dette.

(4) D. 45, 2, *de duob. reis*, 18 : « Alterius factum alteri nocet. »

(5) D. 22, 1, *de usuris*, 32, 4 : « Alterius mora alteri non nocet. » V. *suprà*, p. 16.

Le premier décide que la faute de l'un des codébiteurs solidaires nuit aux autres, le second, que la demeure de leur coobligé ne leur nuit pas. Or il n'y a pas beaucoup de raisons pour traiter différemment la faute et la demeure, la seconde ne constituant qu'une faute d'un genre spécial, un fait d'omission et non de commission (1) ; on ne comprend donc pas les solutions différentes des deux jurisconsultes, et depuis l'époque des glossateurs, on cherche, sans trop de succès, à expliquer leur désaccord.

Avant Dumoulin, trois interprétations avaient été proposées.

La première, qu'il juge ridicule (2), est celle de Franç. Aret. (3). La faute et la demeure de l'un nuisent à tous en ce sens qu'ils sont tenus de payer le créancier : elles ne leur nuisent pas parce qu'ils ont un recours contre le codébiteur coupable. C'est une explication qui n'explique rien et qui est même très contestable : il est faux de prétendre que le codébiteur doit rester indifférent au péril qu'il court en avançant les fonds et en garantissant ainsi la solvabilité de ses compagnons de dette.

La seconde explication, qui est celle d'Accurse et de Bartole (4), distingue suivant que les débiteurs solidaires sont *socii* ou non. Dans le premier cas, ils sont responsables des actes les uns des autres, dans le second ils ne le sont pas ; le texte de Pomponius se référerait à la première hypothèse, celui de Marcien à la seconde.

Dumoulin considère cette explication comme divina-

(1) V. en ce sens Labbé, *De l'influence de la faute et de la demeure*, p. 28.

(2) *Op. cit.*, III, 122.

(3) In D. § Cato, col 7, vers. tertio.

(4) Bartole, in *l. ex duob. reis*, quaest. 11.

toire (1) : elle ajoute aux textes en y sous-entendant une circonstance qui n'y est pas exprimée et dont rien ne fait supposer l'existence. D'ailleurs, comme le remarque Renusson (2), l'existence d'une société entre les débiteurs ne regarde que ceux-ci et n'a d'effet qu'à leur égard : c'est un mode de répartition des frais d'exécution de l'obligation entre eux, qui ne touche qu'à la question de contribution, et ne doit pas, par conséquent, modifier leur situation envers le titulaire actif de l'obligation.

L'explication qui réunissait alors tous les suffrages, celle que Dumoulin appelle la *communis evasio* (3), et qui est déjà indiquée dans la grande glose, consiste à renfermer chaque texte dans l'hypothèse qu'il prévoit (4). Elle distingue entre la faute *in faciendo* et la faute *in non faciendo* : la première ayant effet à l'égard des autres débiteurs corréaux, la seconde leur demeurant étrangère : ils sont responsables de l'acte fautif de l'un d'eux : ils ne le sont pas de sa demeure. Dumoulin critique encore cette interprétation (5) : la distinction faite entre la faute par omission et la faute par commission est, dit-il, l'œuvre des commentateurs et n'a pas de raison d'être : à suivre la raison et le sens commun, on aurait dû plutôt poser la règle contraire ; elle est d'ailleurs contraire à un texte du Code (6), et ne se concilie pas avec la solution admise quand la convention solidaire est affectée d'une clause pénale (7).

(1) *Eod. loc.*

(2) Renusson, *Traité de la subrogation*, p. 46, n. 18. Adde : Labbé, *op. cit.*, p. 28, n. 20.

(3) *Op. cit.*, III, 123 et les citations.

(4) Labbé, *op. cit.*, p. 29.

(5) *Op. cit.*, III, 123.

(6) C. VIII, 39 (40), *De duob. reis*, 4 (5), 2, Justinien.

(7) Cf. *op. cit.*, III, 116.

Après avoir détruit les explications opposées, Dumoulin en propose deux autres : la première, à laquelle il ne paraît pas lui-même tenir beaucoup (1), est fondée sur une distinction subtile entre les *expromissores* et les *fidejussores* (2) ; la seconde nous intéresse davantage. La différence entre la faute et la demeure viendrait de ce que le fait ou la demeure de l'un ne nuit aux autres que dans la mesure nécessaire au maintien de l'obligation, mais n'a pas pour effet d'accroître celle-ci ; selon la formule bien connue « *ad conservandam vel purificandam obligationem, non autem ad eam augendam* » (3). Ainsi que le remarque M. Planiol (4), Dumoulin traite donc de même la faute et la demeure ; mais sa formule est un peu vague ; aussi a-t-il soin de la préciser (5). Pour lui, elle signifie que le débiteur solidaire n'est tenu de payer les dommages-intérêts encourus par la faute ou la demeure de son codébiteur que jusqu'à concurrence de la valeur de la chose due ; il n'est pas tenu de l'excédent, et particulièrement de l'*interesse extrinsecum*, c'est-à-dire des dommages-intérêts qui représentent, non pas la valeur de la chose, mais le dommage causé par l'inexécution totale ou partielle de l'obligation. De sorte que la faute ou la demeure d'un des débiteurs ne profite pas aux autres, en ce sens qu'ils ne sont pas libérés par elle de leur obligation ; mais elle ne nuit pas, en ce sens que l'étendue de leur obligation n'en est pas augmentée (6).

(1) V. *op. cit.*, III, 125, p. 224.

(2) *Op. cit.*, III, 124.

(3) *Op. cit.*, III, 125. Cf. III, 126 : « *et sic conservando non augendo obligationem.* »

(4) Planiol, p. 239, n. 1.

(5) *Op. cit.*, III, 126.

(6) *Op. cit.*, III, 126, et tout le passage, « *duo rei.... liberaretur* ».

C'est donc une erreur de voir dans Dumoulin le promoteur de la doctrine de la représentation imparfaite : il n'y fait pas la moindre allusion. Il prétend seulement établir une cote mal taillée entre la solution qui rendrait le débiteur solidaire entièrement responsable du fait de son consort, et celle qui l'exempterait au contraire de toute responsabilité. Seulement, la formule employée par lui prête à l'équivoque, et inspirera aux successeurs de Dumoulin une doctrine à laquelle il n'a pas songé.

L'explication de Dumoulin n'a pas été adoptée par ses contemporains ou ses successeurs immédiats, comme Cujas, Doneau, Vinnius, qui conservent la *communis evasio*, plus conforme au sens littéral des textes (1). Il faut aller jusqu'à Renusson pour la rencontrer à nouveau.

2° Apparition de l'idée.

Renusson ne semble pas se faire de la solidarité une idée différente de celle de ses prédécesseurs : il la fonde toujours sur l'unité d'objet et la pluralité de liens (2) : les différences n'apparaissent que lorsqu'il s'agit d'expliquer les effets de la solidarité, qu'il examine successivement.

Il n'a aucune théorie particulière sur l'effet du paiement et du serment de l'un des débiteurs solidaires, qu'il justifie par l'unité de la dette (3) ; il n'en est pas de même au sujet des conséquences de la faute et de la demeure : il soutient alors une théorie personnelle, qui n'est qu'une combinaison de la *communis evasio* et des idées de Dumoulin.

(1) Labbé, *op. cit.*, p. 30.

(2) Renusson, p. 45, n. 1-8.

(3) *Op. cit.*, p. 45, n. 12.

De la *communis evasio* il prend l'idée fondamentale : il localise chaque texte dans l'hypothèse qu'il prévoit : en réalité, dit-il, ces deux lois s'appliquent à des cas différents (1). Mais elles s'expliquent par un même principe : « Le fait de l'un, quand il n'augmente pas l'obligation, peut nuire aux autres coobligés (2). » Mais, « si le fait de l'un allait à augmenter... la dette contenue dans l'obligation solidaire, le fait de l'un des coobligés ne peut nuire aux autres, parce qu'il ne serait pas juste qu'on fût tenu à davantage qu'on ne s'est obligé (3) ». L'influence de Dumoulin est sensible dans ce passage ; la formule par laquelle il cherchait à rendre compte de la façon dont fonctionnent les règles de la faute et de la demeure en matière de solidarité, est passée à l'état de principe général, dont on va déduire les conséquences. Essayons de déterminer si Renusson en a fait usage en ce qui concerne l'effet des actes accomplis par le créancier avec un des débiteurs solidaires.

D'après lui, la convention faite par le créancier avec l'un des débiteurs au sujet de l'étendue de l'obligation profite à tous, parce qu'elle est « censée faite par tous les coobligés » (4) ; ce qui paraît impliquer l'existence de l'idée de représentation. A l'inverse, la reconnaissance de dette faite par l'un des débiteurs interrompt la prescription contre tous, parce que leur obligation commune a la même cause et la même origine (5) : il en est de même des poursuites dirigées contre l'un des coobligés ; et ici l'idée de représentation est formulée d'une manière

(1) *Op. cit.*, p. 45-46, n. 43-49.

(2) *Eod. loc.*, n. 20.

(3) *Eod. loc.*

(4) *Op. cit.*, p. 47, n. 21.

(5) *Eod. loc.*, n. 26.

expresse ; pour ce qui est de l'obligation commune, les coobligés « sont considérés *comme mandataires respectivement les uns des autres* » (1) ; de sorte que, dans les limites de l'obligation commune, « ce qui est fait contre l'un est réputé fait contre tous, quand ce qui est fait ne va *qu'à conserver la dette, et non à la faire changer de nature ou à l'augmenter* » (2). Toute autre solution multiplierait inutilement les frais de procédure, « qui ne tomberaient que sur les obligés » (3).

C'est donc sous la forme du mandat que l'idée de représentation apparaît chez Renusson ; à vrai dire les termes employés par lui manquent de netteté : on ne sait trop s'il admet l'existence d'un mandat ou s'il se contente de dire que tout se passe *comme si* il y avait un mandat ; et les apparences seraient même favorables à la seconde interprétation. En tout cas si l'idée de représentation lui paraît nécessaire pour expliquer les effets secondaires de la solidarité, ce n'est pas l'idée de représentation telle que nous la concevons aujourd'hui, considérée en elle-même comme inspirant les solutions de la loi, c'est l'idée de représentation envisagée sous une de ses formes, la

(1) *Op. cit.*, p. 47, n. 27. Voici d'ailleurs tout le passage : « On pourra dire que ce qui est fait contre l'un des débiteurs, n'étant connu qu'à sa personne, ne doit pas être objecté aux autres débiteurs ; que le fait de l'un ne doit pas nuire aux autres qui n'ont pas été poursuivis ni inquiétés, et qui n'en ont pas de connaissance. Néanmoins cela ne doit être considéré ; cette loi est fondée en grande raison : car un débiteur qui a contracté une obligation solidaire avec d'autres ne peut pas ignorer la qualité de son obligation, il sait que le créancier peut s'adresser à chacun d'eux, il sait qu'il est obligé : on présume qu'étant tous obligés à la même dette et pour la même cause, *ils sont considérés comme mandataires respectivement les uns des autres.* »

(2) *Eod. loc.*

(3) *Eod. loc.*, n. 28.

plus fréquente il est vrai, et fondée sur la volonté supposée des parties, en un mot le mandat tacite. Terme fâcheux, qui donne des choses une idée fausse et inexacte, et qui fera tort à l'idée de représentation elle-même, mais le seul que pût employer Renusson, à une époque où la théorie de la représentation ne s'était pas encore dégagée de celle du mandat.

Cette idée n'est d'ailleurs pas admise par lui à la légère, mais de propos délibéré ; il l'applique en effet à plusieurs reprises, notamment en matière d'interruption de prescription dans une hypothèse spéciale (1) et pour expliquer que l'obligation solidaire est intransmissible aux héritiers (2). Dans ces hypothèses comme dans la précédente, c'est toujours d'une représentation parfaite qu'il s'agit (3) : ce résultat s'accorde cependant avec la formule admise pour la faute et la demeure.

Il faut remarquer en effet que dans le passage que nous avons cité, comme dans plusieurs autres (4), Renusson fait une restriction : l'acte de l'un des débiteurs est sans effet à l'égard des autres s'il tend à changer la nature de la dette ou à l'augmenter. Par exemple, une obligation solidaire

(1) *Eod. loc.*, n. 29 : il s'agit de l'application de l'Ordonnance de 1510 sur les rentes constituées.

(2) *Op. cit.*, p. 48, n. 31.

(3) Il le dit lui-même avec une netteté particulière (*Eod. loc.*) : « L'obligation solidaire que deux ou plusieurs contractent est une espèce d'obligation particulière qu'ils font ensemble, et par cette raison le fait de l'un est le fait des autres, et ce qui est fait contre l'un est censé fait contre les autres pour ce qui regarde cette obligation commune qu'ils ont contractée ensemble, s'étant obligés tous solidairement les uns pour les autres, ils sont considérés comme mandataires les uns des autres ; le paiement fait par l'un est censé fait par tous, la poursuite faite contre l'un est aussi censée faite contre tous. »

(4) *Op. cit.*, p. 51, n. 56, 57 et 58 ; p. 52, n. 59.

sous seing privé de payer une certaine somme ayant été souscrite, un jugement récongnitif est rendu contre l'un des débiteurs et emporte hypothèque judiciaire sur tous ses biens : cette hypothèque ne frappera pas les biens des autres (1). De même la condamnation à payer les intérêts échus de l'obligation reste strictement personnelle à celui des coobligés contre lequel elle a été prononcée (2).

Or, cette restriction est la même que celle par laquelle Renusson essaye d'expliquer la fameuse antinomie : les exemples que nous venons de citer précisent donc le sens de sa formule. On a prétendu, sur la foi de celle-ci, que Renusson était le véritable créateur de la théorie de la représentation imparfaite (3) ; rien n'est moins exact. Renusson exclut simplement la représentation dans certains cas, quand il s'agit d'un acte qui tend à changer la nature de la dette ou à en augmenter le chiffre : mais cette exclusion est prononcée, *a priori*, pour tous les actes qui apparaissent d'avance comme ayant pour but la modification ou l'augmentation de la dette commune ; elle ne va pas plus loin. Dans les actes qui tendent à conserver ou à exécuter l'obligation fonctionne la représentation parfaite, sans qu'on tienne compte du résultat pour déterminer *a posteriori* si les coobligés avaient ou non pouvoir de se représenter. Tout ce que nous pouvons concéder à nos contradicteurs, c'est que l'idée de Renusson est voisine de celle des partisans de la théorie que nous étudions, mais en réalité la représentation qu'il a en vue quand il élève à l'état

(1) *Eod. loc.*, n. 56.

(2) *Eod. loc.*, n. 59. Cf. les arrêts divergents du Parlement de Paris cités par Renusson sur ce point (l'un du 16 avril 1630, l'autre sans date).

(3) V. not. Pilon, p. 252, n. 176 ; Duchon, p. 36.

de principe général la formule explicative de Dumoulin est une représentation restreinte, et non pas une représentation imparfaite.

Nous noterons encore que Renusson, en matière d'indivision, admet que l'effet de l'interruption de prescription faite contre un seul de plusieurs copropriétaires indivis d'une chose grevée de droits réels s'étend à tous parce que « chacun d'eux possède le tout, et ils possèdent les uns pour les autres, et il y a société et communauté entre eux tant que la chose commune demeure indivise (1) ». C'est une solution qui n'est pas nouvelle (2), qui peut-être est inspirée par des souvenirs de l'ancienne communauté familiale, mais qui, en tout cas, est une nouvelle preuve que Renusson n'adopte pas la théorie de la représentation imparfaite.

3° *L'idée de représentation chez les successeurs de Renusson.*

Il nous faut maintenant rechercher quelle fortune la théorie de Renusson a eue dans la suite, quelle influence elle a exercée sur ses successeurs.

Argou (3) ne paraît pas l'avoir connue : il ne parle pas de l'effet des actes d'un débiteur solidaire par rapport à ses coobligés, si ce n'est pour rappeler la solution du Code : « les poursuites qui sont faites contre un des coobligés nuisent à tous les autres lorsqu'il s'agit d'interrompre la prescription ». Il ne fait aucune allusion à la controverse célèbre sur les effets de la faute et de la demeure.

(1) *Op. cit.*, p. 48, n. 33.

(2) Elle se retrouve dans plusieurs coutumes : Nivernais, t. *des Prescr.*, art. 5 ; Berry, t. XIII, art. 13 ; Bourbonnais, t. *des Prescr.*, art. 35. — V. pour l'extension du principe aux héritiers des indivisaires : Anjou, art. 435 et 488 ; Maine, art. 477 (*eod. loc.*, n. 36-40).

(3) Argou, . IV, ch. I, p. 372-374.

Nous ne trouvons rien non plus dans Du Pérrier (1) : quant à Domat, il ne s'écarte pas des théories anciennes sur la solidarité, et reproduit purement et simplement la solution du Code sur l'interruption de prescription, dans laquelle il voit une conséquence de l'unité d'objet (2). Toutefois il lui donne une portée très générale et l'étend à tous les cas où plusieurs personnes « se trouvent devoir une même dette, ou posséder un fonds en commun (3) », ou « ont un même droit (4) », ce qui paraît comprendre à la fois le cas d'indivisibilité, de solidarité, d'indivision, et peut-être même de cautionnement (5).

Auroux des Pommiers (6) semble au contraire avoir subi l'influence de Renusson. Il affirme à plusieurs reprises l'idée de représentation comme une conséquence de la solidarité (7) : il va même jusqu'à déduire l'existence de la soli-

(1) Scipion du Pérrier, l. III, p. 259-264 : notons toutefois qu'il exclut l'effet commun à tous de l'interruption de prescription dans le cas d'indivisibilité (p. 261-262).

(2) Domat, *op. cit.*, l. III, t. III, p. 234, sect. 1, n. 9 ; l. III, t. VII, sect. 5, art. 16, p. 297.

(3) *Op. cit.*, l. III, t. VII, sect. 5, art. 17, p. 297.

(4) *Op. cit.*, l. III, t. III, sect. 2, n. 5, p. 235.

(5) Nous ne retiendrons pas un passage (*eod. loc.*, n. 6) où Domat dit que « l'usage que peut faire un des créanciers (solidaires) du droit de demander seul et de recevoir le tout ne peut nuire aux autres : et il doit leur rendre compte de la manière dont il aura usé de ce droit ». Car il ne concerne que les rapports des créanciers solidaires entre eux, et le compte que celui qui a mis en œuvre le droit commun doit rendre aux autres, et non pas les rapports des créanciers non agissants et du débiteur, où la question de représentation est en jeu.

(6) *Cout. de Bourbonnais*, I, p. 67-77.

(7) I, p. 76, sur l'art. 3, n. 4 : « l'un d'eux (des coobligés) les *représente* tous ; quand plusieurs personnes se sont obligées personnellement et solidairement, c'est une espèce de société qu'elles contractent entre elles ; que s'obligeant toutes réciproquement les unes pour les autres, et l'une d'elles pouvant être poursuivie pour le tout, c'est une

darité de celle de la représentation, pour expliquer l'effet de l'interruption de prescription à l'égard de tous les indivisaires (1). Comme Renusson, il fait appel à la notion du mandat fondé sur la volonté présumée des parties, mais ne fait aucune allusion à l'idée de représentation imparfaite. En matière d'indivisibilité coexistant avec l'indivision, il décide cependant que la minorité d'un des communiens empêche la prescription d'une servitude de courir à l'encontre des majeurs : seulement, c'est parce que la servitude étant due indivisément sur le fonds, il n'y a aucune partie du fonds sur laquelle ne porte le droit du mineur (2).

Pothier semble plutôt s'être inspiré de Dumoulin que de Renusson ; il ne fait aucune allusion à l'idée de représentation à propos de la solidarité ; il professe exclusivement les idées d'unité d'objet et de pluralité de liens (3) ; et c'est par elles qu'il explique les effets secondaires de la solidarité (4).

En matière de faute et de demeure, il reprend l'idée et la formule de Dumoulin (5) : « Le fait, la faute, ou la demeure de l'un des débiteurs solidaires préjudicie à la vérité à ses codébiteurs *ad conservandam et perpetuandam obligationem*, c'est-à-dire à l'effet qu'ils ne soient pas déchargés de leur obligation par la perte de la chose, et qu'ils

même affaire qui les regarde toutes ; de manière que quand l'une reconnaît la dette, ou fait quelque autre chose concernant la dette commune, elle est réputée le faire au nom de toutes, *procuratorio nomine*, comme ayant charge, pouvoir et mandement de tous ses coobligés... »

(1) *Eod. loc.*

(2) I, p. 59 et 60, sur l'art. 24.

(3) P. 285, n. 263-264.

(4) V. not. p. 294-296, n. 272.

(5) *Eod. loc.*, n. 273.

soient tenus d'en payer le prix ; ...mais la faute, le fait, ou la demeure de l'un d'eux ne préjudicie pas aux autres *ad augendam ipsorum obligationem*, c'est-à-dire qu'il n'y a que celui qui a commis la faute, ou qui a été mis en demeure, qui doit être tenu des dommages-intérêts qui peuvent résulter de l'inexécution de l'obligation outre la valeur de la chose due. » Mais cette formule, qui n'est qu'une formule explicative, n'implique pas plus chez Pothier que chez Dumoulin l'intention de consacrer la théorie de la représentation imparfaite.

En matière de chose jugée, il ne fait aucune exception, en ce qui concerne les débiteurs solidaires, au principe de la relativité de la chose jugée ; il admet en revanche que le jugement rendu avec un seul des coobligés indivisibles a effet à l'égard de tous (1), que le jugement rendu avec le débiteur principal est opposable à la caution (2), que le jugement rendu avec l'héritier institué est opposable aux légataires (3) ; seulement, dans ces deux derniers cas, il admet que la caution ou les légataires pourront faire tierce opposition au jugement, s'il est rendu contre le débiteur principal ou l'héritier institué. Solution que Bugnet trouve, avec raison, contradictoire (4), mais qui semble révéler chez Pothier une tendance vague à admettre les mêmes résultats que ceux qui sont admis aujourd'hui par la théorie de la représentation imparfaite, sans se rendre un compte très exact de la portée du système en faveur duquel il se prononce.

Dunod de Charnage est, à la différence de Pothier, par-

(1) P. 480-481, n. 907.

(2) P. 481-482, n. 908.

(3) P. 482, n. 909.

(4) *Ibid.*, p. 481, n. 1.

tisan de la théorie du mandat, mais dans la solidarité seulement : encore se prononce-t-il beaucoup moins nettement qu'Auroux des Pommiers.

Il commence par exclure en ce qui concerne l'interruption de prescription la représentation réciproque des propriétaires indivis ou des débiteurs conjoints : « Quoique plusieurs personnes jouissent d'une même chose par indivis, ou qu'elles doivent une même somme, l'interruption civile faite par ou avec une de ces personnes n'a pas d'effet à l'égard des autres » (1). Il se dégage donc de la confusion ancienne qui a duré si longtemps, et par laquelle on assimilait les effets de l'indivision à ceux de l'indivisibilité : il ajoute en effet : « à moins qu'il ne s'agisse d'un droit *individuel*, comme une servitude, un droit honorifique ; ou qu'il n'y ait une obligation solidaire » (2).

Quant aux coobligés solidaires, il les considère à la fois comme associés et comme cautions les uns des autres, et paraît déduire leur représentation réciproque de l'unité de l'obligation (3). Seulement il n'a pas l'air d'attacher grande importance à l'idée du mandat tacite, car pour expliquer les effets de la demeure d'un des coobligés, il ne fait appel qu'à l'unité d'objet (4). En tout cas, c'est d'une représentation parfaite qu'il s'agit.

L'idée de représentation semble ignorée de Le Brun (5),

(1) *Traité des prescriptions*, p. 58. Même solution en ce qui concerne les cohéritiers, p. 59.

(2) *Eod. loc.*

(3) *Eod. loc.* : « et comme l'on peut exiger la dette entière d'un seul, l'interruption peut se faire avec lui par une juste conséquence ; comme étant chargé du mandat des autres... »

(4) *Op. cit.*, p. 59.

(5) Le Brun et d'Espiard de Saux, *Successions*, II, p. 268-269.

Bourjon (1), Denisart (2) et Henrys (3) ; mais elle apparaît chez Chabrol, qui l'admet sans discussion, sous sa forme parfaite, et comme une conséquence naturelle de la solidarité (4) ; Guyot n'en fait pas mention, au moins en cette matière (5) : il fait seulement allusion, comme à un état de choses disparu, à une disposition en faveur des personnes conjointes, « qui étaient présumées avoir un mandat tacite de celui au nom de qui elles agissaient » (6), qui nous est apparue sous diverses formes, et notamment dans les œuvres de Renusson, dans le cas particulier des propriétaires indivis (7), mais dont nous n'avons pu découvrir l'origine.

Nous en avons fini avec l'histoire de l'idée de représentation imparfaite dans l'ancien droit français : nos recherches ne nous ont donné en somme que bien peu de résultats. Nous n'avons trouvé jusqu'ici de notre idée que des

(1) *Droit comm. de la France*, II, p. 419, 430, et 437.

(2) *Répert.*, IV, p. 543-548. Au mot *Représentation* il ne parle que de la représentation successorale.

(3) *Œuvres*, avec les observations de Bretonnier, II, quest. 154, p. 851-860 ; il dit cependant (p. 852) que l'interruption de prescription a effet contre tous « parce que c'est un fait commun, et que tous ne sont censés qu'un ».

(4) *Coutume d'Auvergne*, II, p. 690 : « Les différents détenteurs qui ont pris en cens, rente foncière ou bail emphytéotique, un ténement, moyennant une redevance annuelle, ou ceux qui leur ont succédé, contractent ensemble une solidité réelle, qui imite la solidité personnelle : elle les rend associés, ils jouissent l'un pour l'autre : *chacun d'eux est censé mandataire et procureur constitué de ses codétenteurs*, et le fait de l'un devient celui des autres. »

(5) *Répert.*, v^o *Indivis*, IX, p. 199. Il dit seulement que les coobligés solidaires peuvent être considérés « comme une seule et même personne ».

(6) *Loc. cit.*, p. 198.

(7) V. *supra*, p. 40.

traces fugitives, en dehors de la matière de la tutelle ; l'étude que nous allons entreprendre de la jurisprudence et de la doctrine postérieures à la promulgation du Code civil nous révélera donc une théorie nouvelle, sans racines profondes dans le passé.

DEUXIÈME PARTIE

EXPOSÉ DE LA JURISPRUDENCE

CHAPITRE III

DE LA SOLIDARITÉ.

C'est dans la théorie de la solidarité que l'idée de représentation imparfaite a atteint son plus complet développement : c'est là aussi qu'elle est le mieux connue. C'est donc là que nous l'étudierons tout d'abord.

La théorie de la représentation imparfaite se présente dans la solidarité sous deux aspects différents. Tandis que, dans la solidarité active, on ne rencontre que des controverses doctrinales assez peu nombreuses, dans la solidarité passive au contraire, la littérature est très riche, et la jurisprudence très abondante. Les motifs en sont faciles à deviner : la solidarité active est une institution de caractère archaïque, qui n'a plus guère d'applications pratiques ; la solidarité passive, au contraire, est une institution très vivante et dont les applications pratiques sont nombreuses, particulièrement en matière commerciale ; son étude présente donc un intérêt que l'étude de la première ne présente pas. A quoi bon, discuter, en effet,

quand l'objet de la discussion n'a qu'une importance théorique, que la controverse s'exerce dans le vide et n'a d'autre utilité que d'éprouver la vigueur de dialectique des combattants ? Aussi, sans exclure tout à fait de ce travail l'étude de la solidarité active, ne lui accorderons-nous que la place qu'elle mérite, c'est-à-dire fort peu de chose.

SECTION I. — Solidarité active.

Nous dirons seulement que la représentation des créanciers solidaires entre eux est plus généralement admise que celle des codébiteurs solidaires : cela tient à ce que certaines dispositions légales, comme celles des articles 1198 et 1199, semblent la supposer nécessairement (1) ; seulement la portée de ces textes est très discutée ; tandis que certains auteurs y voient la preuve que la représentation des créanciers entre eux est une représentation parfaite (2), d'autres y voient au contraire la consécration de la doctrine de la représentation imparfaite (3) ; d'autres enfin rejettent toute idée de représentation (4).

(1) On peut tirer aussi argument des travaux préparatoires : les discours des tribuns Mouricault et Favart au Corps législatif ont été souvent cités. Mouricault : « On reconnaît que la solidarité ne s'établit véritablement entre les créanciers que pour autoriser chacun d'eux à faire au besoin l'affaire de tous et pour les établir à cet effet *mandataires réciproques* » (Loché, XII, p. 564) et Favart : « La reconnaissance de la dette faite par le débiteur envers l'un des créanciers solidaires interrompt la prescription à l'égard des autres créanciers qui se trouvent *représentés* par celui au profit duquel le débiteur l'a faite » (Fenet, XIII, 330).

(2) Larombière, art. 1198, n. 15, et Colmet de Santerre, V, 328 bis, XXVII.

(3) Marcadé, art. 1198, n. 597-598 ; Aubry et Rau VIII, p. 769, n. 31, p. 380.

(4) Laurent, XX, n. 121, Tissier, n. 120 et suiv. ; Lacoste, n. 615-619.

Nous examinerons dans un autre chapitre le parti qu'on peut tirer de ces textes au point de vue de la théorie de la représentation imparfaite ; nous nous contenterons pour le moment de signaler l'existence de la controverse.

SECTION II. — Solidarité passive.

Pourquoi et comment la question de représentation imparfaite a-t-elle pu se poser dans la solidarité passive ?

Sur le premier point la réponse est facile : voici plusieurs personnes qui se sont engagées ensemble à payer une même dette, et ont consenti à ce que le créancier puisse exiger de chacune d'elles l'exécution totale de l'obligation. Or, le plus souvent, leurs parts dans la dette sont inégales, quelquefois même la part de l'une absorbe celle de tous les autres. Celles-ci sont cependant obligées de déférer à la première sommation du créancier et de prendre pour elles le péril de l'avance : c'est sur celle qui paie que retombe tout le risque de l'insolvabilité de ses coobligées, tout l'ennui de poursuivre le remboursement partiel. La situation des codébiteurs solidaires est donc rigoureuse : sans doute, ils l'ont acceptée ; sans doute, elle leur a permis de trouver du crédit, en offrant au créancier une garantie sérieuse ; il n'en est pas moins vrai qu'elle déroge au droit commun, et que la tentation est naturelle de revenir à l'état normal des relations juridiques, ou du moins de s'en rapprocher, en en atténuant les effets ; la théorie de représentation imparfaite n'a pas d'autre objet.

Quant aux circonstances qui lui ont permis de naître, elles sont les suivantes.

Le caractère fondamental de la solidarité est d'obliger

chacun des débiteurs solidaires à payer le tout, de donner à chacun des créanciers solidaires le droit de réclamer le tout. Mais à ce caractère irréductible, sans lequel on ne peut même concevoir l'existence de l'obligation solidaire, et qui suffit à la constituer, peuvent venir s'ajouter des caractères accessoires, qui ont pour effet d'en augmenter encore la puissance, en rendant plus étroit le lien qui unit les codébiteurs ou les cocréanciers. Ces effets secondaires ne sont pas admis par toutes les législations, au moins dans la solidarité légale, et le Code civil allemand les a repoussés (1). Il n'en a pas été de même de notre Code civil, qui en a réglementé un certain nombre ; seulement il n'a pas prévu toutes les difficultés qui pouvaient se présenter, de sorte que la jurisprudence s'est trouvée embarrassée pour en donner la solution ; et l'idée de représentation a été un des moyens employés par elle pour sortir d'embarras.

Il faut donc distinguer entre les effets secondaires admis par le Code et ceux qu'il n'a pas prévus. Les premiers qui sont surtout des effets de droit civil sont les suivants :

1° L'interruption de prescription faite par le créancier contre un seul des codébiteurs solidaires a effet contre tous les autres (art. 1206) ;

2° La demeure de l'un produit effet contre tous (article 1205) ;

3° La faute de l'un oblige l'autre à payer la valeur de la chose (art. 1205) ;

4° Et la demande d'intérêts dirigée contre l'un fait couvrir les intérêts contre tous (art. 1207).

La question de représentation ne se pose guère à leur sujet ; la jurisprudence, quand une difficulté se présente devant elle, n'a en effet qu'à appliquer la solution donnée

(1) Code civ. all., § 425.

par le Code ; et il lui suffit de se référer à l'article qui lui paraît applicable pour motiver suffisamment sa décision. Il est donc inutile de citer des arrêts ; ils ne sauraient, dans l'état présent de nos connaissances, nous intéresser.

Les seconds, qui sont surtout des effets de procédure, doivent seuls retenir notre attention ; nous voulons parler de l'effet de la chose jugée, de l'effet de l'exercice des voies de recours, et de l'effet de l'interruption de la péremption des jugements par défaut. Dans toutes ces hypothèses on suppose, bien entendu, qu'il s'agit d'un droit commun à tous les codébiteurs.

Un jugement de première instance, un arrêt d'appel ou de cassation a été rendu en présence d'une partie seulement des débiteurs solidaires. Quel doit être l'effet de cette décision à l'égard des absents ? Doit-elle leur demeurer étrangère, doit-elle produire effet pour et contre eux, ou bien encore doit-elle ne produire effet à leur égard que dans le cas où le codébiteur en cause a gagné, et non dans celui où il a perdu le procès ?

Un jugement ou un arrêt remplit les conditions nécessaires pour acquérir force de chose jugée contre tous les codébiteurs ; peut-être même l'a-t-il déjà acquise à l'égard de quelques-uns d'entre eux, par suite de leur renonciation ou de leur acquiescement, ou par suite de l'expiration des délais. L'un des codébiteurs, qui est encore dans les délais utiles pour se pourvoir, fait appel, ou se pourvoit en cassation, ou bien fait opposition, dans l'hypothèse d'un jugement par défaut. Quel sera l'effet de son appel, de son pourvoi, de son opposition à l'égard de ses codébiteurs ? Seront-ils relevés de la déchéance qu'ils ont encourue, soit avant, soit après l'exercice de cette voie de recours ? Ou devront-ils, au contraire, subir l'effet du

jugement dont ils ont négligé de demander la réformation ou l'annulation ?

Et à l'inverse, si le jugement dont il s'agit a été rendu non plus à leur préjudice, mais en leur faveur, quel sera l'effet de l'exercice d'une de ces voies de recours par l'adversaire, quand la demande en réformation ou en annulation est dirigée contre un seul d'entre eux, et que l'adversaire laisse écouler les délais sans se pourvoir au regard des autres ? Sera-t-il relevé de la déchéance encourue à l'égard de ceux-ci, ou celle-ci pourra-t-elle lui être opposée ?

Enfin un jugement ayant été rendu par défaut à l'égard de tous les codébiteurs solidaires ou de quelques-uns d'entre eux, quel sera l'effet de l'exécution du jugement à l'égard de l'un d'eux ? Cet acte aura-t-il pour effet d'interrompre la péremption spéciale qui est organisée par l'article 156 du Code de procédure pour les jugements et arrêts par défaut non exécutés dans les six mois, ou celle-ci continue-t-elle à courir contre les codébiteurs à l'égard desquels le jugement n'a pas été exécuté ?

Le législateur n'ayant pas statué sur ces trois questions, c'est à la jurisprudence qu'il appartenait de les résoudre : elle a dû choisir entre le maintien et l'abandon du principe de relativité, entre les systèmes de la non-représentation, de la représentation parfaite et de la représentation imparfaite. Nous allons passer rapidement en revue les moyens dont elle pouvait se servir pour trouver une solution.

La jurisprudence, toutes les fois qu'un texte impératif ne lui dicte pas sa décision, a le choix entre deux procédés : elle peut statuer en fait ou en droit. En fait, elle constate l'existence dans la cause de certaines circonstan-

ces, dont elle induit l'intention des parties de faire produire à leurs actes certains résultats ; en droit, elle essaie de rattacher sa décision à un ou plusieurs textes déterminés, soit en raisonnant par analogie, soit en dégageant le principe directeur sur lequel se fondent les règles admises par le législateur, soit enfin, dans le silence de la loi, en se référant au droit commun. Les deux procédés ont été mis en œuvre dans la solidarité passive, sous leurs diverses formes.

La première forme du raisonnement de droit, et la plus simple, est celle qui consiste à dire : la solidarité est une exception aux règles ordinaires des obligations (art. 1200) ; on doit donc limiter ses effets aux cas formellement prévus par la loi ; hors de ceux-ci, le droit commun doit s'appliquer. On est ainsi conduit à admettre le maintien du principe de la relativité, c'est-à-dire le système de la non-représentation.

Une seconde forme du raisonnement de droit consiste à assimiler l'hypothèse à résoudre à une hypothèse prévue par un article du Code, et en statuant dans le sens de celui-ci : mais ce raisonnement par analogie, qui a suffi à la jurisprudence à régler l'effet de l'interruption de péremption, n'a pu être employé, en ce qui concerne les deux autres effets, que d'une manière tout à fait insuffisante.

Enfin la troisième forme, celle qui consiste à dégager le principe directeur dont s'inspirent les dispositions du Code, a abouti à l'élaboration de la théorie du mandat tacite, mais en se combinant avec l'emploi du raisonnement de fait : on a dit, en effet, que les dispositions du Code supposent un mandat tacite que les débiteurs solidaires se donnent pour l'exécution de l'obligation. Si l'on

n'avait voulu faire appel qu'aux principes du Code, on n'aurait dû parler que de mandat *légal* : du moment qu'on employait le terme de mandat *tacite*, on faisait appel dans une certaine mesure à l'interprétation de la volonté des parties. L'emploi de ce terme n'a d'ailleurs pas peu contribué à faire admettre l'idée de représentation imparfaite : on concevait difficilement, en effet, que les codébiteurs pussent être réputés s'être donné mandat, dans les hypothèses où le fonctionnement de la représentation devait avoir pour eux un résultat défavorable. On a été ainsi amené à restreindre la portée de ce mandat aux seuls actes avantageux.

D'après ce que nous venons de dire, on voit que deux tendances principales se sont fait jour dans la jurisprudence, la première limitant les effets de la solidarité, la seconde voulant au contraire les étendre. La représentation imparfaite les combine toutes deux, en se prononçant pour la limitation ou pour l'extension, suivant que l'avantage des codébiteurs non présents se trouve du côté de la première ou de la seconde. Nous allons étudier successivement les manifestations de ces deux tendances ; nous suivrons dans cette étude l'ordre historique : c'est le plus simple et le plus conforme à la réalité ; il y a eu vraiment une évolution dans la jurisprudence, évolution d'un caractère assez général pour qu'il soit possible d'en marquer les phases sans répartir les arrêts en catégories distinctes suivant les effets de la solidarité auxquels ils s'appliquent. Nous distinguerons donc dans la jurisprudence deux périodes :

La première va du début du siècle jusqu'aux environs de 1870. Dans cette période, la jurisprudence n'a pas encore de doctrine arrêtée, et oscille de la représentation à

la non-représentation, en passant par des stades intermédiaires : mais certains indices permettent déjà de prévoir la période qui va suivre.

Celle-ci commence après 1870 et s'étend jusqu'à nous. La jurisprudence adopte définitivement le principe de la représentation, et consacre, dans certaines de ses décisions, la doctrine de la représentation imparfaite.

Nous allons les étudier successivement.

I. — Période antérieure à 1870.

Cette période peut elle-même se subdiviser en deux parties : la première s'étendant de 1800 à 1833, la seconde de 1833 à 1870 ; la date de démarcation est celle où l'idée de représentation, après une éclipse passagère, reparaît dans la jurisprudence.

§ 1. — La jurisprudence antérieure à 1833.

1° Limitation des effets de la solidarité.

Pendant cette période, les arrêts qui se prononcent pour l'interprétation stricte des dispositions du Code civil ne sont pas aussi nombreux qu'on pourrait le croire. Le premier est un arrêt de la Chambre civile, du 2 juin 1806, qui pose comme principes fondamentaux de la solidarité l'unité d'objet et la pluralité de liens, et refuse à un débiteur solidaire l'autorisation de profiter d'une voie de recours, — l'opposition, en l'espèce, — qui existait en faveur de son coobligé (1).

(1) Civ. cass., 2 (et non 5) juin 1806, d'Hérisson, rendu aux conclusions du substitut Pons. Il s'agit d'un jugement de nomination d'expert, contradictoire avec l'un des débiteurs solidaires, et par défaut contre l'autre. Celui qui a figuré au jugement ne pourra profiter de l'op-

On trouve de même des arrêts contraires à l'idée de représentation à propos de l'effet de la chose jugée (1), de l'effet des voies de recours, ou des actes de procédure (2), de l'assimilation à la prescription de la péremption organisée par l'article 156 du Code de procédure, au profit de la partie contre laquelle le jugement par défaut n'a pas été exécuté dans les six mois (3), qui tous marquent nettement leur résistance à l'idée d'étendre les effets de la solidarité.

position qui est ouverte au défaillant, solution qui est contraire à la fois au système de la représentation parfaite, — qui eût fait refuser l'opposition au défaillant, considéré comme représenté par le comparant, — et à celui de la représentation imparfaite, — qui eût fait profiter le comparant de la voie de recours ouverte à son coobligé. — V. également pour l'affirmation des principes d'unité d'objet et de pluralité de liens, Bruxelles, 16 avril 1849, Justot et Decock. Cf. également, à la solution donnée par l'arrêt d'Hérissou, Civ. cass., 25 janvier 1831, Mercier, S. 31.1.352.

(1) Il y a plusieurs arrêts sur ce point depuis l'arrêt de Cassation du 11 février 1824, Chaubet qui montre peu de tendance à élargir les effets de la solidarité prévus par le Code et restreint tous les textes qu'il cite à l'hypothèse qu'ils ont pour objet de régler. — V. notamment : Cass., 30 janvier 1827, Hoclet ; Civ. cass., 25 janvier 1831, Mercier, S. 31.1.352 et 15 janvier 1839, Constant, S. 39.1.97, D. 39.1.119 ; Toulouse, 23 février 1827, Marié, et 25 juillet 1829, Issalis.

(2) Turin, 6 juillet 1808, Rolli ; Lyon, 21 juin 1826, Poncet et autres ; Bourges, 4 mars 1820, hér. Cloix, qui décide qu'un exploit est entaché de nullité, dès lors qu'il n'en a été remis qu'une copie, bien qu'il y ait plusieurs intéressés : en vain dira-t-on que ceux-ci sont solidaires.

(3) Il s'agit de savoir si l'on assimilera la péremption à la prescription, pour admettre, par extension des articles 1206 et 2249, que la péremption, interrompue contre un seul, doit être regardée comme interrompue contre tous. — Pour la négative : V. Bourges, 7 février 1822, Billet et Desfousses ; Limoges, 14 février 1822, Pauthe ; Paris, 1^{er} mars 1826, Guibert ; Nîmes, 28 novembre 1826, Aumeras, et 24 janvier 1829, Syndics Favart ; Amiens, 7 juin 1836, X... S. 36.2.499 ; Paris, 3 mars 1838, Cavelin ; Montpellier, 4 juin 1835, sous Cass., Galtier, S. 40.1.491 ; Trib. Nevers, 16 mai 1841, Mévolhon, S. 44.2.9.

2° Extension des effets de la solidarité.

Il faut distinguer si cette extension est fondée sur un raisonnement par analogie, ou sur la consécration de l'idée de représentation.

A. Raisonnement par analogie. — L'emploi de ce premier procédé a lieu surtout à propos des effets de l'interruption de péremption. La Cour de cassation s'en sert pour condamner d'une façon définitive les arrêts de Cour d'appel, qui se refusaient à déroger en cette matière au principe de relativité. L'arrêt fondamental est l'arrêt de cassation du 7 décembre 1825 (1), qui admet une sorte de compromis entre la représentation et la non-représentation. D'après lui, l'exécution du jugement par défaut contre un seul des débiteurs solidaires en interrompt la péremption contre tous. En revanche, elle ne confère pas à ce jugement l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous : chacun d'eux conserve le droit d'y faire opposition sur l'exécution qui sera dirigée contre lui (2). La Cour prétend concilier ainsi les intérêts du créancier et du débiteur : le droit du premier est conservé sans que la situation du second soit aggravée. Ces motifs marquent déjà qu'elle se préoccupe

(1) Civ. rej. (délib. en ch. du cons.), 7 décembre 1825, de La Rochefoucauld : arrêt qui assimile la péremption de l'article 156 du Code de procédure civile à la prescription, pour appliquer l'article 1206. — V. également : Cass., 27 mai 1829, qui décide qu'une décision rendue à l'égard d'un débiteur solidaire est nécessairement commune à tous les codébiteurs.

(2) V. le dernier attendu de l'arrêt. — Dans le même sens : Riom, 6 août 1821, Galant ; Paris, 22 mars 1827, Grangent, et 14 août 1828, Edouard ; Toulouse, 29 janvier 1827, Marié, et 8 décembre 1830, Izard ; Pau, 16 août 1837, Laporte, S. 38.2.243. — V. la critique de ce système par Amiens, 7 juin 1836, X... précité.

des résultats plus ou moins favorables qu'aura sa décision pour les parties en cause : cela est si vrai qu'on a pu voir dans l'arrêt La Rochefoucauld la première consécration de la doctrine de la représentation imparfaite *ad conservandam non ad augendam obligationem* : il ne nous paraît pas que cela soit bien exact (1).

Nous trouvons aussi deux arrêts qui se servent du raisonnement par analogie à propos des effets de l'appel ; l'un est de la Cour de Grenoble, l'autre de la Cour de Bourges (2) : ils permettent au débiteur solidaire de profiter de l'appel interjeté en temps utile par son consort, par argument de l'article 1208. Mais ces arrêts marquent plutôt un retour vers le passé que l'origine d'une jurisprudence nouvelle ; ils doivent être rapprochés de deux arrêts de la Cour de Turin (3) dont la doctrine paraît expliquer la leur, et dans lesquels cette Cour affirme, comme un principe constant de sa jurisprudence, que l'appel interjeté par un colitigant « est censé commun et utile à tous, pourvu qu'ils aient le même intérêt dans l'affaire, et que leurs moyens de défense soient communs avec l'appelant ». Les arrêts de Grenoble et de Bourges se rattachent à ce système : quand les codébiteurs solidaires ont le même intérêt et les mêmes moyens de défense, ils doivent pouvoir invoquer l'acte d'appel de leur consort

(1) Il nous semble en effet que la Cour de cassation se préoccupe surtout d'adopter la solution qui lui semble le moins préjudiciable aux deux parties en cause ; la théorie de la représentation imparfaite aurait d'ailleurs des résultats différents et ferait décider que l'interruption de péremption n'a pas d'effet à l'égard des codébiteurs solidaires.

(2) Grenoble, 4 janvier 1815, Devron ; Bourges, 23 décembre 1825.

(3) Turin, 28 février 1810, Tapparelli et 9 mars 1811, habit. de Gamasca. Cf. les critiques de Merlin contre ces deux arrêts, *Quest. de droit*, V^o Appel, § 15, n^o 1.

pour se faire relever de la déchéance qu'ils ont encourue, comme ils ont le droit d'invoquer toutes les exceptions, c'est-à-dire, dans le langage de l'article 1208, tous les moyens de défense qui sont communs à tous les codébiteurs.

B. *Idee de représentation.* — Le mouvement en faveur de l'idée de représentation commence dès avant le Code civil : le 25 prairial an X, le tribunal de cassation affirme déjà que l'endosseur d'une lettre de change est tenu des mêmes obligations que le tireur, parce qu'il le *représente* (1). Il est vrai qu'on peut chicaner sur la portée du jugement, en premier lieu, parce qu'il ne fonde pas sa décision sur le rapport de solidarité qui existe entre les signataires d'une lettre de change, en second lieu, parce qu'il a peut-être employé le mot de « représentation » dans un sens où il l'est très fréquemment, pour définir les rapports qui s'établissent entre l'ayant cause et son auteur. Aussi faudrait-il plutôt chercher la première consécration de l'idée dans l'arrêt de Paris du 20 mars 1809 (2).

Pour bien saisir la portée de cet arrêt, il faut rappeler les circonstances dans lesquelles il a été rendu : il s'agissait, d'après le peu de renseignements que nous possédons (3), de cessionnaires d'un marché, dont les uns avaient tiré sur les autres des lettres de change, que ceux-ci avaient acceptées. Les accepteurs avaient été condamnés à payer le montant des lettres de change qu'ils

(1) Cass., 25 prairial an X, Botte.

(2) Paris, 20 mars 1809, Baron et Audibert.

(3) L'arrêt Baron est fort bref : les arrêts de Toulouse du 6 juin 1808 et de Cassation du 14 août 1811 permettent de le compléter, mais non de reconstituer avec certitude l'hypothèse.

avaient tirées par un premier arrêt de Paris du 3 mai 1808 (1), rejetant les exceptions et moyens proposés par eux. Leurs associés, tireurs des lettres de change, faisaient tierce opposition à cet arrêt : la Cour de Paris déclare leur tierce opposition non recevable, motif pris de ce qu'ils ont été *représentés* par leurs coobligés solidaires (2). L'arrêt du 20 mars 1809 semble donc décisif en faveur de la représentation.

Il faut se garder cependant d'en tirer des conclusions exagérées ; il se peut fort bien que, comme l'arrêt précédent, il ait seulement en vue la représentation de l'ayant cause par son auteur ; d'autant que la situation des débiteurs solidaires était complexe, et qu'ils étaient en même temps associés les uns des autres ; d'ailleurs, nous connaissons si mal l'hypothèse qu'il se peut que la Cour d'appel ait été déterminée par une circonstance qui nous échappe.

Sur la même affaire, mais à propos d'un autre arrêt, la question fut portée devant la Cour de cassation. La Chambre civile admit la même doctrine que l'arrêt de Paris, et se prononça aussi en faveur de la représentation (3). Il est peut-être prudent de faire sur cet arrêt la même réserve que sur le précédent. Cependant il faut remarquer

(1) Cet arrêt, cité par Cass. précité, ne figure pas dans les recueils.

(2) « Des cessionnaires et coobligés solidaires se représentent, de telle sorte que l'un ayant été condamné par jugement, les autres sont non recevables à faire tierce opposition à ce jugement. »

(3) Civ. cass., 14 août 1811, Vandeveld : « Quoique cet arrêt n'ait été prononcé que contre les frères C., accepteurs des dites traites, il porte également contre B. et A. qui étaient leurs associés, qui, sous le titre apparent de tireurs, étaient codebiteurs des dites lettres de change, et qui, par conséquent, avaient été représentés par les frères C. dans ledit arrêt... »

que la Cour de cassation fonde sa décision sur la qualité même de codébiteurs solidaires, qui était celle des parties en cause, qualité dont, pour elle, la représentation paraît être la conséquence. Cet arrêt est donc plus net que les autres et il permet de conjecturer que les doutes, que l'on peut proposer sur le sens de ceux-ci, sont peut-être exagérés.

Il n'a pas été rendu sur les conclusions de Merlin (1), mais il se rapproche tellement des idées de celui-ci qu'on serait tenté de croire que la Cour de cassation a subi de cette circonstance l'influence de son célèbre procureur général. Merlin est, en effet, l'un des premiers auteurs qui, sous l'empire du Code civil, se soit prononcé en faveur de l'idée de représentation (2). Mais il ne dégage pas cette idée de la théorie du mandat, ce qui l'amène à supposer que, par le fait même que deux créanciers ou deux débiteurs s'engagent ensemble dans les liens d'une obligation solidaire, « ils se constituent mutuellement *mandataires* l'un de l'autre » soit pour poursuivre et recevoir le paiement de la dette, soit pour la payer. Il reprend donc la théorie de Renusson, en lui donnant sa forme définitive, si bien que tous les auteurs qui écriront sur la représentation dans le cours du xix^e siècle ne feront guère que reproduire les développements qu'il donne sur ce sujet.

On peut donc considérer Merlin comme le rénovateur, sous l'empire du Code civil, de la théorie de la représentation dans la solidarité. Mais du moins ne peut-on lui imputer la doctrine de la représentation imparfaite : car il l'a repoussée en termes formels.

(1) Cet arrêt a été rendu sous la présidence de M. Mourre, au rapport de M. Audier-Massillon et sur les conclusions de l'avocat général Jourde.

(2) Merlin, *Questions de Droit*, V^e *Chose jugée*, quest. 18, n. 1 et 2.

Il l'examine successivement à propos des créanciers et des débiteurs solidaires.

A propos des créanciers, il se demande si l'on doit distinguer « entre le jugement rendu pour un créancier solidaire et le jugement rendu contre lui » pour « admettre ses co-créanciers au bénéfice de l'un, mais ne pas faire réfléchir sur eux l'autorité de l'autre (1) ». La raison de douter serait la disposition de l'article 1365, d'après laquelle le serment déferé par le créancier solidaire au débiteur, ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier. Comme il est de tradition (2) d'assimiler l'effet des jugements et celui de la délation du serment, ne peut-on, en raisonnant par analogie, admettre que le jugement défavorable n'a d'effet que contre celui des créanciers solidaires qui y a figuré ? Merlin estime qu'il ne faut pas se faire illusion sur le sens de la loi romaine qui assimile le serment décisoire au jugement : pour lui elle veut dire seulement que « le serment décisoire produit par la force de la convention dont il est la suite », l'exception de chose jugée « que le jugement produit par sa seule autorité ». Ayant ainsi montré l'inexactitude de l'assimilation qui fait la base du raisonnement par analogie qu'il combat, Merlin conclut que « l'article 1198 n'autorise nullement à distinguer le cas où le créancier a obtenu gain de cause, d'avec celui où il a été débouté, et que le jugement nuit aux cocréanciers dans l'un, comme il leur profite dans l'autre (3) ».

A propos des débiteurs, il reprend la même démonstra-

(1) *Loc. cit.*, § 1.

(2) *Jusjurando vicem rei judicatae obtinet*, dit la loi romaine, D. 44, 5, *quar. rer. actio non datur*, 1 pr.

(3) *Loc. cit.*, § 2.

tion : le président Favre (1) soutenant, en matière de délation de serment et de chose jugée, le système de la représentation imparfaite, étayait sa thèse sur des textes romains (2).

Merlin montre que ceux-ci n'ont aucun rapport avec la question. L'argument d'analogie tiré de l'article 1365 n'a pas plus de force ici que précédemment, au contraire : d'après Merlin, la restriction de l'article 1365 s'explique par les principes généraux du mandat. La délation du serment s'analyse dans une renonciation à toute défense, c'est-à-dire, comme le dit le président Favre (3), dans une sorte de donation : « or jamais le pouvoir de donner n'est censé compris dans un mandat, quelque général qu'il soit ». Il ne faudrait donc pas « inférer de là que les codébiteurs solidaires du débiteur condamné après une loyale défense, ne sont pas liés par sa condamnation ». Ce serait « argumenter à contresens ».

Les codébiteurs solidaires du condamné pourraient dire encore qu'ils ne l'ont constitué leur mandataire que pour rendre leur condition meilleure et non pour la rendre pire : mais Merlin répond à cette objection, en montrant que le Code civil, dans les articles 1206 et 2249, n'en a pas tenu compte. « Les actes, dit-il, qui, faits avec, par, ou contre l'un des débiteurs solidaires, ont pour résultat d'empirer la condition des codébiteurs, ne sont pas plus, à l'égard de ceux-ci, *res inter alios acta*, que s'ils aboutissaient à l'amélioration de leur condition commune. Donc le jugement qui condamne l'un des débiteurs solidaires

(1) *Rationalia* sur la l. 28, § 3 au D. *de jurejurando*, XII, 2.

(2) C. 8, 40, *de fidejussoribus*, l. ult. *in fine*.

(3) Sur D. 12, 2, *de jurejurando*, 28, 2.

n'est pas moins que le jugement qui l'absout, censé rendu avec ses codébiteurs (1). »

Merlin a donc très bien vu la question et l'a résolue avec beaucoup de netteté et de précision. Il se sert lui aussi du raisonnement par analogie, mais en même temps il dégage le principe directeur sur lequel il fonde sa décision. Les arrêts que nous venons de citer, au contraire, et que sa doctrine a peut-être inspirés, sont très sobres de motifs et se contentent d'énoncer l'idée de représentation sans la justifier. Nous en trouverons de plus explicites dans la période qui va suivre.

§ 2. — La jurisprudence postérieure à 1833.

Nous avons choisi cette date pour partager en deux sous-divisions notre division principale, parce que les arrêts qui sont rendus à partir de cette époque présentent pour la plupart un caractère nouveau, que n'avaient pas les arrêts antérieurs ; ils font prévoir le succès de l'idée de représentation. Aussi est-ce par les arrêts qui étendent les effets de la solidarité que nous commencerons.

1° *Extension des effets de la solidarité.*

Ici encore nous retrouvons l'emploi du raisonnement par analogie et de l'idée de représentation : il s'y ajoute l'idée d'indivisibilité.

A. *Raisonnement par analogie.* — Comme précédemment, c'est surtout à propos des effets de l'interruption de péremption que ce procédé est employé.

Nous rencontrons ici encore un arrêt important, l'arrêt

(1) *Ibid.*

Galtier (1), qui étend la solution donnée par l'arrêt La Rochefoucauld : il décide, par extension des articles 1206 et 2249, que l'acquiescement donné, dans les six mois, au jugement par défaut, par un des débiteurs solidaires, interromp la péremption contre tous. La Courne fait plus, d'ailleurs, la même réserve qu'en 1825, au sujet du droit que les débiteurs conservent de faire opposition au jugement, sur l'exécution dirigée personnellement contre chacun d'eux. Et comme, d'autre part, l'acquiescement est un acte beaucoup plus personnel au débiteur qui le consent que l'exécution qu'il est forcé de subir, la décision de la Cour de cassation semble témoigner de sa part d'une hardiesse plus grande ; nous verrons pourtant qu'il ne faut pas trop se hâter de se prononcer là-dessus. Dans cette affaire, la question de représentation avait été posée devant elle ; le demandeur en cassation invoquait la théorie de Toullier (2), et le défendeur, sans contester en lui-même le système du mandat tacite, essayait du moins d'en restreindre la portée, en disant qu'il ne s'étendait pas aux actes susceptibles d'augmenter l'obligation. Par consé-

(1) Civ. cass., 14 avril 1840, Galtier, S. 40.1.491. Cet arrêt juge pour l'acquiescement ce que l'arrêt du 7 décembre 1825 jugeait pour l'exécution : il se contente d'ailleurs, comme motifs, de simples affirmations. Il met fin à un long débat dans la jurisprudence. En ce sens, Poitiers, 7 janvier 1830, Bibault ; Bordeaux, 9 août 1833, Donis.

(2) Toullier est un des premiers partisans de la théorie de la représentation dans la solidarité : d'après lui, quand plusieurs débiteurs s'obligent solidairement, par un seul et même contrat à une seule et même dette « ils se chargent par un mandat tacite, mais réel, de payer les uns pour les autres... en agissant contre un seul, le créancier agit contre le mandataire de tous » (VI, n. 729). Et ce mandat s'applique notamment à l'action en justice ; seulement : « le jugement... produit son effet contre tous, comme en faveur de tous » (X, n. 202). La représentation imparfaite est donc exclue.

quent, c'est à dessein que la Cour de cassation passe la question de représentation sous silence.

L'année suivante, d'ailleurs, sur le point spécial réglé par l'arrêt La Rochefoucauld, elle maintient la solution de celui-ci (1).

B. Idée de représentation. — L'idée de représentation reparait en 1833 dans la jurisprudence, d'une façon très nette, et, naturellement, sous la forme du mandat, par un arrêt de Lyon (2), qui affirme comme un principe universellement reconnu la théorie du mandat tacite, telle que Merlin l'a élaborée, et applique cette théorie en matière de chose jugée (3). La partie condamnée était le débiteur principal de la dette, et les parties non présentes étaient des cautions solidaires. L'arrêt considère le débi-

(1) Civ. rej., 2 février 1841, Decaindry, S. 41.1.417 ; Civ. cass., 4 février 1852, Dumas, S. 52.1.320 ; Req. rej., 2 mars 1853, Balsac, S. 53.1.326 ; Bordeaux, 25 janvier 1858, Lahens, S. 58.2.545 ; Civ. ej., 3 décembre 1861, Magnière, S. 62.1.155 ; Caen, 14 mai 1849, Lepaulmier, S. 49.2.696, le seul qui expose les raisons qui le déterminent à assimiler la péremption à la prescription. — C'est à l'application de l'article 1206 que se rattache aussi un arrêt de Paris, 18 avril 1857, Lebars, S. 57.2.507, qui décide que le congé donné en temps utile contre un locataire solidaire vaut contre son colocataire.

(2) Lyon, 8 août 1833, sous Req. rej., 11 décembre 1834, Rouselle, S. 35.1.376.

(3) « A la vérité, c'est un principe constant que les débiteurs solidaires, en s'associant à la même dette, se sont, par une convention implicite, constitués mandataires les uns des autres, pour défendre l'intérêt commun ; d'où il résulte que la chose jugée à l'égard de l'un soumet les autres à son empire... » Nous retrouvons là tous les caractères de la théorie de Merlin : un mandat tacite (« implicite » dit l'arrêt), qui est en même temps un mandat restreint à certaines fins (« pour défendre l'intérêt commun ») et qui produit son effet, aussi bien dans le cas où ce dernier est avantageux, que dans celui où il est défavorable (il s'agit ici de cette dernière hypothèse).

teur principal et les cautions solidaires comme des codébiteurs solidaires : cependant, il admet en fait la tierce opposition des cautions, parce que le jugement de condamnation était le résultat d'une collusion entre le débiteur principal et le créancier (1). Il ne fait ainsi qu'appliquer les principes admis en matière de mandat : tout le monde décide en effet que les actes frauduleux du mandataire ne sont pas opposables au mandant (2).

On ne peut donc être plus explicite que ne l'est la Cour de Lyon ; malheureusement la Cour de cassation, sur le pourvoi qui fut formé contre l'arrêt, refusa de se prononcer sur la question intéressante : elle ne parle ni du mandat tacite, ni même de la solidarité ; elle rejette le pourvoi, il est vrai, mais comme s'il ne s'agissait que de cautions simples. Elle dit bien que la Cour d'appel doit être approuvée quand elle déclare, en raison de la fraude, que les cautions n'ont pas été *représentées* par le débiteur principal ; mais elle ne fait allusion qu'à la représentation de la caution par le débiteur principal, c'est-à-dire à une théorie toute différente de celle du mandat tacite des codébiteurs solidaires, et que nous retrouverons plus tard (3).

Dans l'arrêt du 29 novembre 1836, la Cour de cassation se garde encore de se prononcer sur le principe : elle se borne à constater que la représentation n'existait pas en fait, sans décider si elle existe ordinairement entre les

(1) « En effet le codébiteur, qui, chargé de défendre les intérêts de tous, se laisse condamner par suite d'un accord avec l'adversaire commun, agit alors non seulement en dehors des termes de son mandat, mais d'une manière qui y est formellement opposée, et dès lors, il ne peut plus lier le mandant. »

(2) V. notamment, Req. rej., 19 novembre 1834, Bourges, S. 35.1.666.

(3) V. *infra*, ch. VI, sect. I.

codébiteurs solidaires (1). En matière d'interruption de péremption, nous rencontrons un arrêt de Cour d'appel (2) qui se distingue des autres arrêts rendus en cette matière, et ne se contente plus du simple raisonnement par analogie : il veut motiver sa décision, et le souci de trouver des raisons qui l'appuient l'amène à employer une expression qui se rapproche de celle de l'idée de représentation. Avant d'appliquer l'article 1206, il recherche les motifs qui en ont inspiré le texte ; il les trouve dans l'intention de « prévenir une multitude d'actions ruineuses pour les créanciers ». Ce qui l'induit à penser que la péremption ne peut être admise toutes les fois que le jugement a été exécuté dans les six mois contre l'un des débiteurs, parce que « en matière de solidarité, *ce qui est fait avec ou contre l'un des débiteurs est censé fait avec ou contre tous les coobligés* ».

C'est là une formule bien générale, et qui semble définir les effets mêmes de la représentation parfaite ; mais la Cour d'appel, sans paraître d'ailleurs s'en apercevoir, s'en écarte aussitôt pour adopter la solution de l'arrêt La Rochefoucauld ; elle affirme, en effet, que cette doctrine « conforme à l'esprit comme aux textes des articles précités », ne présente aucun inconvénient « puisqu'elle laisse

(1) Req. rej., 29 novembre 1836, Guiffrey, S. 37.1.362. Une tierce opposition avait été formée par un débiteur solidaire contre un jugement, auquel son codébiteur avait été partie, et auquel il prétendait avoir une exception personnelle à opposer. La tierce opposition avait été admise par la Cour de Paris, le 29 août 1835, sans allusion à la représentation ; la Cour de cassation rejette le pourvoi, motif pris de ce qu'il s'agissait d'une exception purement personnelle, et que « d'après ces faits, en décidant que B. n'avait point été *représenté* par ses codébiteurs solidaires », et par conséquent était recevable dans sa tierce opposition, l'arrêt n'a violé aucune loi.

(2) Rouen, 26 août 1836, Decaindry, sous Cass., 2 février 1841, S. 41.1.417.

aux codébiteurs défailants la faculté de former opposition et de faire valoir leurs moyens contre la condamnation, quand on vient l'exécuter contre eux personnellement ». Or, si, comme le dit la Cour, « ce qui est fait *avec ou contre* l'un des débiteurs est censé fait *avec ou contre* tous les coobligés » cette faculté ne pourrait leur être laissée car l'exécution faite contre l'un devrait valoir contre l'autre, en vertu de ce principe, et l'opposition devrait être impossible. La formule de la Cour dépasse donc visiblement sa pensée ; aussi ne faut-il pas y voir la consécration absolue du principe de représentation parfaite.

Ici encore la Cour de cassation refuse de se prononcer (1) ; elle ne blâme ni n'approuve la formule de la Cour d'appel : elle se contente de justifier sa décision par de simples affirmations.

Plusieurs années s'écouleront encore avant qu'elle ne se décide à sortir de sa réserve ; dans l'intervalle, nous ne rencontrerons que trois arrêts d'appel qui parlent de représentation.

L'idée de représentation est admise par la Cour de Rennes, comme une conséquence de l'indivisibilité de la matière dans une hypothèse un peu spéciale où il y avait à la fois indivisibilité et solidarité (2) ; la Cour mélange un peu les deux idées, mais affirme nettement que des coobligés solidaires doivent être considérés comme ne for-

(1) Civ. rej., 2 février 1841, Decaindry, S. 41.1.417. Dans le même sens, v. Bourges, 7 juillet 1842, Mévolhon, S. 44.2.9.

(2) Rennes, 10 mars 1840, Quémeneur, sous Cass., 5 juillet 1853, S. 53.1.625. Il s'agissait d'un bail à domaine congéable. Trois domaniers, condamnés à fournir la déclaration convenancière, acquiescent au jugement : le bailleur demande l'homologation du procès-verbal du notaire commis contre ceux-ci et dix-neuf autres domaniers non présents au jugement.

mant qu'une seule personne relativement au créancier de l'obligation. Elle parle de représentation légale, à propos de l'indivisibilité de l'obligation (2). Son arrêt fut d'ailleurs cassé par la Cour suprême (3), non pas en raison des effets de la solidarité qu'elle avait admis, mais simplement parce que l'indivisibilité prétendue était douteuse et que l'existence même de la solidarité était en question.

Les deux autres arrêts ont été rendus par la Cour de Caen : ce sont les arrêts Lepaulmier (1) et Bénard (2). Le premier rappelle la théorie du mandat tacite, sans se prononcer à son sujet (3) : toutefois il reconnaît que les poursuites contre un codébiteur solidaire « ne peuvent interrompre la prescription contre les autres qu'afin de conserver le droit du créancier, mais elles ne peuvent l'augmenter et y ajouter une sanction et une force exécutoire qu'il n'avait pas à l'origine ».

L'année suivante, dans l'arrêt Bénard, la même Cour consacre incidemment la doctrine du mandat tacite : quand l'objet de l'obligation est indivisible ou solidaire, dit-elle, « l'appelant étant mandataire de tous les autres agit pour leur compte comme pour le sien ; ce qu'il a fait est censé venir d'eux aussi bien que de lui, et doit, par conséquent, leur profiter comme à lui ».

Ces deux arrêts s'éclairent l'un par l'autre, et nous ne

(1) « Les dix-neuf appelants ont été, par l'effet de l'indivisibilité de la tenue, légalement représentés par leurs cotenanciers. »

(2) Civ. cass., 5 juillet 1853, Quémeneur, S. 53.1.625.

(3) Caen, 14 mai 1849, précité.

(4) Caen, 19 février 1850, précité.

(5) « L'appelant soutient que les articles 1206 et 2249 ne s'appliquent qu'au cas de solidarité conventionnelle, parce qu'alors seulement, il y a présomption de mandat réciproque entre les débiteurs pour perpétuer l'obligation. »

croions pas trop aventureux de dire qu'ils prouvent, de la part de la Cour de Caen, l'intention de consacrer la théorie du mandat tacite *ad conservandam obligationem non ad augendam*, l'affirmation de l'existence du mandat se trouvant dans le second, et la volonté de le restreindre aux actes qui ont pour effet de perpétuer l'obligation apparaissant dans le premier. Il est seulement regrettable que la notion d'indivisibilité vienne se mêler à celle de solidarité dans les motifs de l'arrêt et rendre moins nette l'affirmation de la théorie.

Enfin la Cour de cassation elle-même admet la théorie du mandat tacite dans une hypothèse où son application est favorable aux débiteurs solidaires (1). Malheureusement elle n'ose pas encore prendre une attitude nette : l'idée de représentation ne lui paraissant pas suffire à justifier sa décision, elle invoque en même temps l'idée d'indivisibilité ; du moins son adhésion à la théorie du mandat est-elle entière : elle formule même, comme un principe général qu'il n'est pas nécessaire de justifier, l'idée que « la solidarité et l'indivisibilité impliquaient un mandat donnant pouvoir à l'auteur de la signification d'agir pour son cointéressé ». Seulement, quel est le fondement, et quelles sont les limites de ce prétendu mandat ? La Cour de cassation s'abstient de nous le dire : nous devons nous borner à remarquer qu'elle statue ici en faveur des codébiteurs

(1) Civ. cass., 31 décembre 1855, Martin, S. 56.1.210. Il s'agissait de savoir si la signification de l'arrêt d'appel par un des codébiteurs solidaires avait fait courir les délais du pourvoi en cassation au profit de son coobligé, de sorte que le pourvoi dirigé contre celui-ci plus de trois mois (ce serait aujourd'hui deux mois) après la signification dût être déclaré non recevable. C'était en somme une question d'effet des déchéances se rattachant à l'exercice des voies de recours.

solidaires : on ne peut préjuger de ce qu'elle aurait décidé si l'arrêt d'appel avait été rendu contre eux.

C. *Emploi de la notion d'indivisibilité.* — Ainsi que nous venons de le voir, la notion d'indivisibilité est d'un précieux secours à certains arrêts qui s'en servent pour achever de justifier leur décision : nous en citerons un autre, pour lequel elle paraît être la seule raison déterminante, l'arrêt de Correc (1), rendu par la Cour de cassation, en matière d'effet de l'exercice des voies de recours : c'est sur le fondement de l'idée d'indivisibilité qu'il admet que le débiteur, dont l'acte d'appel est irrégulier, profite de la régularité de l'appel intenté par son consort, et est ainsi relevé de la déchéance qu'il a encourue.

D. *Affirmation pure et simple.* — Nous citerons enfin quelques arrêts qui semblent prouver que la tendance favorable à l'extension des effets de la solidarité gagne du terrain : ils paraissent considérer en effet que leur décision n'a pas besoin d'être longuement justifiée, et ils se contentent d'affirmer que le principe dont elle se réclame est reconnu de tous.

C'est de cette manière que se prononce la Cour de Bourges en matière de chose jugée (2), pour en admettre l'effet contre tous les codébiteurs, et refuser à tous le droit de faire appel ; c'est de cette manière également que statue l'arrêt de la Chambre civile (3), qui casse sa décision : il ne nie pas qu'on puisse se prévaloir contre un des débiteurs du jugement rendu contre l'autre, s'il est irrévoca-

(1) Civ. rej., 30 août 1852, de Correc, S. 52.1.807.

(2) Bourges, 18 mai 1859, Hermans, S. 60.2.335.

(3) Civ. cass., 25 mars 1861, Hér. Herman, S. 61.1.433.

ble ; mais il constate que tel n'est pas ici le cas, car « il est de principe que l'appel interjeté, en temps utile, par un des débiteurs solidaires profite aux autres et les relève de la déchéance qu'ils ont encourue » (1).

De même, c'est sur le seul fondement de l'existence de la solidarité que la Cour de cassation décide en 1865 que la signification de l'arrêt d'admission faite par l'un des défendeurs solidaires, à l'effet de faire courir les délais du pourvoi en cassation, profite aux autres (2).

2° Limitation des effets de la solidarité.

Presque au commencement de cette période, nous rencontrons un arrêt de cassation (3), souvent cité, dont le dispositif exclut formellement l'application des effets de la représentation en matière de chose jugée (4). Ses motifs ne sont pas moins explicites : la Chambre civile affirme que « les principes sur la solidarité des débiteurs et l'indivisibilité de certaines obligations n'entraînent pas l'indivisibilité des procédures et des jugements ». Le fait de formuler aussi nettement son opinion est d'autant plus remarquable de la part de la Cour que dans l'espèce

(1) Car « un débiteur solidaire ne peut, en négligeant de se pourvoir contre un jugement, priver ses codébiteurs du droit de le faire réformer ». V. dans le même sens, Lyon, 14 janvier 1870, Charmillon, S. 71.2.270.

(2) Civ. rej., 17 janvier 1865, Jouven, S. 65.1.169.

(3) Civ. cass., 15 janvier 1839, Constant, S. 39.1.97.

(4) Il admet que la demande de mise en cause en appel d'héritiers qui n'ont pas figuré au jugement où leurs cohéritiers ont été parties, constitue une demande nouvelle, dont le principe est antérieur à l'appel, et qui par conséquent n'est pas recevable. Le demandeur en cassation prétendait au contraire que ce n'était pas une demande nouvelle, les cohéritiers mis en cause devant avoir été réputés parties au jugement à raison de l'indivisibilité et de la solidarité de la matière.

l'existence de la solidarité et de l'indivisibilité n'était rien moins que certaine, et qu'elle aurait pu facilement éluder la question de principe (1). Aussi a-t-on pu voir dans cet arrêt la condamnation formelle de l'idée de représentation. La vérité est qu'à cette époque la Cour de cassation se débat entre les deux tendances contradictoires, l'une favorable, l'autre défavorable à l'extension des effets de la solidarité, et qu'elle statue plutôt sur des espèces que d'après des principes, comme le montre le rapprochement des solutions en sens divers que nous avons recueillies.

Nous devons toutefois citer, comme manifestation de la même tendance, un arrêt de la Chambre des requêtes, l'arrêt Guignebar (2), qui consacre en matière d'acquiescement une solution intéressante et qui semble s'écarter un peu des principes admis par l'arrêt Galtier : un jugement avait été rendu contre deux débiteurs solidaires, contradictoirement avec l'un et par défaut envers l'autre ; le premier avait acquiescé au jugement ; la Cour décide que cet acquiescement ne peut être opposé à son codébiteur, qui garde le droit de faire opposition (3).

Si la Cour de cassation adopte une attitude peu nette, et, par moments, contradictoire il n'en est pas de même de tout un groupe d'arrêts de Cours d'appel, qui se prononce résolument pour la résistance aux idées nouvelles : l'idée de mandat tacite, devenant mieux connue, adoptée

(1) L'ayant-droit d'un propriétaire qui avait triomphé dans une demande en revendication, contre une partie des héritiers, mettait les autres en cause, à propos de la liquidation des fruits, et soutenait que la dette était solidaire entre les héritiers, à raison de l'indivisibilité prétendue de l'obligation.

(2) Req. rej., 3 février 1846, Guignebar, S. 46.1.737.

(3) « Celui qui agit conserve incontestablement son droit propre et même le droit commun en tant que ce droit serait indivisible. »

par un nombre toujours plus grand de jurisconsultes et de magistrats, apparaît en effet comme dangereuse à certains autres, qui cherchent à empêcher son succès. Ainsi s'expliquent les décisions amplement motivées, et, en général, remarquablement déduites, qu'on rencontre à partir de cette époque et qui critiquent la théorie du mandat tacite, soit en elle-même, soit dans ses résultats (1).

L'idée commune qui inspire ces décisions paraît être la crainte des dangers que courraient les coobligés solidaires, si l'on admettait la théorie du mandat tacite. Il serait possible à un seul de compromettre le droit de tous, soit en se défendant mal, soit même en s'entendant avec le créancier (2). Et ce résultat serait particulièrement choquant dans l'hypothèse d'un jugement par défaut, exécuté à temps contre un des codébiteurs, et auquel celui-ci aurait acquiescé : la cause commune n'aurait même pas été défendue ; le procès se serait poursuivi à l'insu de tous, et cependant le jugement aurait effet à l'égard de tous (3).

Les dangers de fraude et de collusion, la crainte de sacrifier les droits de la défense, tels sont les arguments

(1) V. en ce sens : Limoges, 19 décembre 1842, Desgorces, S. 43.2.495 ; Trib. Nevers, 16 mai 1841, Mévolhon, S. 44.2.9 ; Trib. Lectoure confirmé par Agen, 19 janvier 1849, Dumas, S. 49.2.137, ce dernier très fortement motivé ; Trib. Senlis, 3 août 1852, sous Cass., 2 mars 1853, Balsac, S. 53.1.326. Enfin et surtout Bordeaux, 23 décembre 1861, Peyrot, S. 62.1.319.

(2) Limoges, 19 décembre 1842.

(3) Nevers, 16 mai 1841. — V. également le jugement de Lectoure et l'arrêt d'Agen, précités, très curieux en ce qu'ils refusent expressément de suivre la jurisprudence qui s'établissait alors sur les effets de la solidarité qui, d'après eux, conduit à cette conséquence extrême d'admettre avec Merlin que le jugement rendu contre un débiteur solidaire est exécutoire contre celui qui n'y a même pas été appelé : « Il y a lieu par conséquent de s'en méfier et de procéder avec réserve dans une question si délicate ».

pratiques qui paraissent avoir déterminé l'hostilité de ces décisions au principe même de la représentation. Elles sont, nous l'avons dit, très fortement déduites, en général, au point de vue des textes. De même que l'arrêt de cassation du 11 février 1824 (1), elles partent du principe que la solidarité est de droit étroit (2) et que ses conséquences sont assez rigoureuses pour qu'on ne puisse les étendre au delà des limites fixées par la loi (3), pour refuser de raisonner par analogie au sujet des dispositions du Code civil. Elles contestent d'ailleurs en eux-mêmes les rapprochements que la jurisprudence essaie d'établir entre des choses souvent différentes (4). Elles admettent quelquefois que l'acte d'un débiteur pourrait avoir effet à l'égard de son consort, s'il y avait indivisibilité, et elles emploient même à ce propos, pour définir l'effet de l'indivisibilité, le mot de représentation (5) ; mais elles nient que les codébiteurs solidaires soient ayants-cause les uns des autres (6).

En revanche, comme elles veulent limiter les effets de la solidarité, elles ne se préoccupent guère de découvrir

(1) V. *suprà*, p. 56, n. 1.

(2) Trib. de Lectoure et d'Agen, précités.

(3) Limoges, précité.

(4) Lectoure et Senlis, précités, le font notamment à propos de l'assimilation à la prescription de la péremption de l'article 156 du Code de procédure civile, dans laquelle ils voient une simple déchéance, une nullité de procédure.

(5) Limoges, précité : « La loi n'a pas établi entre eux une telle indivisibilité que l'un d'eux doive être réputé en jugement le représentant de tous. »

(6) Lectoure et Agen, précités ; et Bordeaux, précité : « Ils ont des obligations communes, mais des droits et des intérêts distincts.., ils doivent être considérés comme des tiers dans les actes qu'ils ont accomplis individuellement. »

les principes qui inspirent les dispositions de la loi, et notamment celles que la théorie du mandat tacite a pour but d'expliquer. Ou bien elles passent la difficulté sous silence, ou bien elles emploient des expressions vagues, et parlent de « la force de la solidarité » (1).

Il en est une cependant, la dernière en date, qui rejette formellement la doctrine du mandat tacite : c'est l'arrêt de Bordeaux, du 23 décembre 1861, qui refuse de considérer les codébiteurs solidaires comme ayants-cause ou comme représentants les uns des autres (2) : tout au plus admettrait-il que l'on puisse dire que « les choses se passent jusqu'à un certain point comme si les codébiteurs s'étaient conférés un mandat mutuel », mais seulement en ce qui touche le paiement de l'obligation, et non en ce qui touche, par exemple, la reconnaissance de dette à l'effet d'interrompre la prescription, faite isolément par l'un des débiteurs. Et il en donne une raison remarquable : en reconnaissant la dette, les débiteurs ont « *aggravé* la situation de leurs coobligés ». Cet arrêt combine donc l'hostilité au système du mandat tacite avec la tendance favorable aux débiteurs qui inspire la doctrine de la représentation imparfaite.

Ces décisions intéressantes marquent avec beaucoup de netteté les dangers de la voie où s'engage la majeure partie de la jurisprudence. Et cependant leur résistance, si énergique qu'elle soit, ne suffira pas à arrêter le courant : peu nombreuses, somme toute, elles restent isolées

(1) Limoges, précité.

(2) « Il n'est pas exact de dire qu'ils sont des mandataires réciproques : c'est là une assimilation doctrinale ayant pour but d'expliquer certaines dispositions de la loi, mais le caractère de mandataire ne leur est imposé par aucun texte et ne doit pas être suppléé arbitrairement. »

au milieu des arrêts multiples qui s'accumulent et qui traduisent l'idée de représentation, sinon dans les formules, du moins dans les faits.

En somme, parmi les arrêts rendus depuis 1804 jusqu'à 1870, quelques-uns seulement font allusion à l'idée de représentation, soit pour l'admettre, soit pour la combattre. Il est vrai qu'un grand nombre d'entre eux, sans la reconnaître expressément, donnent les mêmes solutions que ceux qui la consacrent. Mais on ne peut les ranger avec certitude parmi ses partisans : ils n'en ignoraient pas l'existence et auraient pu, s'ils l'avaient voulu, se prononcer pour elle : du moment qu'ils ne l'ont pas fait, il est prudent de n'en pas tirer de déductions.

Mais, étant donné cette attitude de la jurisprudence, la question se pose de savoir quelle influence elle a eu sur la doctrine et quelle est, au moment où nous sommes arrivés, l'opinion de cette dernière sur la théorie reprise par Merlin.

§ 3. — Evolution de la doctrine de 1811 à 1870.

L'influence de la jurisprudence sur les auteurs n'a pas été très grande dans la matière de la solidarité ; ils ont subi, à un degré beaucoup plus fort, celle de leurs devanciers, et particulièrement de Merlin et de Pothier. Aussi la théorie de la représentation a-t-elle été admise de très bonne heure par certains d'entre eux.

Ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, Toullier est un des premiers qui se soient prononcés en sa faveur, mais il n'envisage pas l'idée de représentation imparfaite ; de même pour Proudhon (1), « la chose jugée contre un

(1) III, 1321.

débiteur solidaire l'est contre l'autre parce qu'ils sont *socii* et mandataires les uns des autres ». Cette doctrine est soutenue également par Chauveau et Carré (1) et par Bugnet (2) ; en revanche, Duranton ne fait allusion qu'à l'unité d'objet et à la pluralité de liens (3).

La représentation imparfaite apparaît chez Rodière : pour lui « les codébiteurs solidaires sont censés s'être donné réciproquement mandat d'acquitter la dette » (4). Mais si les codébiteurs ont le droit d'invoquer le jugement favorable rendu au profit de leur coobligé sur des moyens communs à tous, la chose jugée contre un des débiteurs n'est pas opposable aux autres (5). Toutefois il ne donne pas encore la formule du mandat *ad perpetuandam et conservandam obligationem non ad augendam*.

Celle-ci est donnée par Marcadé, tant au sujet des articles 1205, 1206 et 1207 (6) qu'au sujet de la chose jugée (7). Demolombe la mentionne, mais c'est pour l'abandonner (8). Elle est admise enfin par Larombière et Aubry et Rau, dont la doctrine mérite, en raison de son importance, une étude particulière.

La doctrine de Larombière n'est pas très claire et paraît même, au premier abord, un peu contradictoire. Il commence par poser comme principe le « mandat réciproque et mutuel que les codébiteurs sont censés s'être donnés l'un à l'autre, pour se représenter dans tout ce qui con-

(1) II, 645.

(2) Œuvres de Pothier, II, p. 127, note 1.

(3) Duranton, XIII, n. 519-520.

(4) Rodière, n. 103.

(5) Rodière, n. 105 et 109.

(6) Marcadé, IV, n. 609-611.

(7) *Ibid.*, V, art. 1351-XIII.

(8) XXVI, n. 341 et sq. et n. 374-375.

cerne l'exécution de leur engagement commun, mandat limité par « certaines restrictions », « qui ont leur point de départ dans ce principe, que chaque codébiteur peut rendre meilleure la position de ses consorts, mais qu'il ne peut la rendre pire par son fait personnel (1) ». D'après cela, on serait tenté de croire que Larombière se rallie à la théorie du résultat : il n'en est pas ainsi cependant, puisque, précisant plus loin les restrictions dont il parle, il admet que « les jugements rendus *pour ou contre* l'un des codébiteurs solidaires acquièrent, *pour ou contre* les autres, l'autorité de la chose jugée », à la condition d'être rendus « sur le fondement d'exceptions réelles, inhérentes à la dette et communes à tous les coobligés » (2). Et, à un autre endroit, il rejette nettement la théorie de la représentation imparfaite, à laquelle il adresse de vives critiques (3). Pour lui, la distinction doit être faite, non pas entre les conséquences avantageuses ou préjudiciables de l'exercice du mandat, mais entre les actes mêmes par lesquels il se réalise et s'accomplit.

La représentation ne s'appliquera pas s'il s'agit d'actes « qui dépendent de l'initiative, de la volonté et du pouvoir personnel du prétendu mandataire », qui constituent un fait personnel par lequel le codébiteur « a compromis, diminué, ou anéanti » les droits de ses consorts, tels qu'« un aveu, une renonciation, une déclaration, un acquiescement et autres actes volontaires de sa part ».

En revanche la représentation s'applique aux « actes qui ne dépendent point de la volonté ni du pouvoir du pré-

(1) Larombière, III, art. 1200, n° 4, p. 389-390.

(2) Larombière, III, art. 1208, n° 20, p. 468.

(3) Larombière, VII, art. 1351, n° 100, p. 111-115.

tendu mandataire, *quelles qu'en soient d'ailleurs les conséquences à leur égard, avantageuses ou dommageables* ».

On a donc tort de citer, comme on le fait quelquefois, Larombière parmi les partisans de la représentation imparfaite. Sa distinction est plus logique et plus raisonnable. Elle aboutit bien, il est vrai, à exclure la représentation dans des cas où elle aurait un résultat désavantageux, et uniquement à cause de ce résultat ; mais au moins l'exclusion porte-t-elle sur une catégorie d'actes déterminés à l'avance, au lieu d'être subordonnée à l'événement du procès. Seulement Larombière a eu le tort de résumer sa doctrine dans la formule que nous rapportons plus haut : « Chaque débiteur peut rendre meilleure la position de ses consorts, mais ne peut la rendre pire par son fait personnel » ; car elle prête à l'équivoque et a été la source de nombreuses erreurs.

Aubry et Rau soutiennent au contraire la thèse de la représentation imparfaite, dont ils limitent toutefois la portée. Ils posent comme règle générale la représentation réciproque des codébiteurs, aussi bien dans l'intérêt du créancier que dans le leur propre, mais dans certaines limites et avec certaines distinctions. Ainsi « les codébiteurs solidaires se représentent les uns les autres, dans l'intérêt du créancier, pour tout ce qui est relatif à la conservation et à la poursuite de ses droits, de sorte que ce qui, sous ce rapport, a été fait avec ou par l'un d'eux, est censé fait avec ou par tous les autres » (1).

Mais ce principe ne s'étend pas « aux faits ou actes qui auraient pour résultat, soit de créer à leur charge des obligations nouvelles, soit de détériorer, sous un rapport

(1) Aubry et Rau, IV, § 298 *ter*, p. 44.

quelconque, leur condition telle que l'a faite le titre constitutif de l'engagement ».

En revanche lorsque ces actes, au lieu de présenter un caractère défavorable pour les débiteurs, sont de nature à améliorer leur condition, la représentation reparait ; « ils sont réputés mandataires les uns des autres pour tout ce qui tend à améliorer leur condition vis-à-vis du créancier », du moins en ce qui concerne les actes qui se rapportent à l'obligation commune et non pas seulement à l'engagement de l'un des débiteurs (2).

Ainsi, la représentation parfaite est admise pour tout ce qui conserve ou met en œuvre le droit du créancier ; pour les actes qui modifient l'étendue de l'obligation, on distingue selon leur résultat. Détériorent-ils la condition des débiteurs ? Il n'y a pas représentation. L'améliorent-ils au contraire ? Il y a représentation. Et cette combinaison des idées de représentation et de non-représentation est précisément ce qui constitue la représentation imparfaite.

Parmi les actes auxquels celle-ci peut s'appliquer, Aubry et Rau citent la transaction, l'arrêté de compte, le serment et surtout le jugement. Pour justifier cette solution, ils invoquent d'ailleurs, à propos de ce dernier, les idées d'unité d'objet et de pluralité de liens, cette dernière entraînant comme conséquence que « des exceptions réelles contre la dette commune doivent appartenir individuellement à chacun d'eux, comme autant de moyens de faire tomber son engagement personnel, d'où il faut conclure que l'un des débiteurs ne peut proposer de pareilles exceptions qu'en ce qui le concerne personnellement, et

(1) *Ibid.*, p. 46.

(2) *Ibid.*, p. 48.

que, s'il succombe, la cause des autres doit demeurer entière » (1). On ne voit pas par quelle conséquence logique on peut déduire de ce principe que les jugements favorables rendus dans les mêmes conditions doivent profiter à tous.

L'influence exercée par la doctrine d'Aubry et Rau sur la jurisprudence a d'ailleurs été moins grande que celle de Larombière, dont on peut suivre la trace dans de nombreux arrêts. Même lorsque la jurisprudence a admis dans la suite la représentation imparfaite, elle paraît l'avoir fait plutôt sous l'influence de la formule équivoque de Larombière que sous l'influence de la formule plus claire d'Aubry et Rau.

Le moment est venu de passer à l'étude de la seconde période où la théorie de la représentation imparfaite a enfin reçu une consécration effective.

II. — Période postérieure à 1870.

A partir de 1871, l'idée de représentation apparaît comme définitivement consacrée par la jurisprudence ; mais celle-ci n'est pas encore fixée sur le caractère qu'il faut lui reconnaître. Il y a des arrêts qui se prononcent pour la représentation parfaite ; d'autres au contraire consacrent la doctrine de la représentation imparfaite. Et il est d'autant plus difficile de déduire de la jurisprudence une doctrine claire, que les arrêts dans les deux sens se mêlent et s'enchevêtrent presque au même moment. Nous diviserons donc cette section en deux paragraphes comprenant l'un les arrêts antérieurs à la consécration de la représentation imparfaite par la Cour de cassation, l'autre les arrêts postérieurs.

(1) Aubry et Rau, VIII, § 769, texte et note 52, p. 380-381.

§ 1. — Représentation parfaite.

1^o Consécration de l'idée de représentation.

Le mouvement favorable à la représentation parfaite commence avec l'arrêt de la Cour de Dijon du 28 décembre 1871 (1), qui en donne la formule complète. Elle pose d'abord le principe que les débiteurs solidaires se représentent mutuellement : elle le justifie par le mandat réciproque qui existe entre eux. Ces affirmations ne sont pas nouvelles ; mais quelle est l'origine, quelle est la portée de ce mandat ? La Cour de Dijon, et c'est une idée nouvelle en jurisprudence, ne reconnaît pas comme source au mandat la convention tacite des débiteurs, mais la loi elle-même (2) ; d'autre part, ce mandat n'est pas général : il est restreint d'abord à ce qui touche l'exécution de l'obligation commune ; il ne peut aggraver, en outre, l'engagement, en dehors des prévisions du contrat, « ni enchaîner les codébiteurs qui ont des exceptions personnelles à opposer ». Mais, sous ces réserves, ce mandat s'applique aux instances judiciaires : il donne à chacun des débiteurs le pouvoir d'opposer « tous les moyens communs de défense relatifs à l'exécution ou à la conservation de l'obligation », et, pourvu qu'il n'y ait ni fraude ni collusion de la part de celui qui figure dans l'instance, « il y a chose jugée à cet égard envers les autres ». En l'espèce la chose jugée était défavorable aux débiteurs : cela n'empêche pas l'arrêt de déclarer qu'elle leur est opposable. Il y a d'ailleurs

(1) Dijon, 28 décembre 1871, Crepel, S. 72.2.18.

(2) « Les codébiteurs solidaires ont qualité pour se représenter mutuellement en vertu du mandat réciproque et *légal* qui existe entre eux pour l'exécution de l'obligation commune. »

des raisons pratiques en faveur de la représentation, car « autrement la solidarité serait la plupart du temps un vain mot et aboutirait à des contrariétés de jugement que la loi veut éviter ». En somme il y aurait ici impossibilité, non pas matérielle, mais légale, à appliquer le principe de la relativité de la chose jugée : le sort de tous les débiteurs devrait être le même.

La Cour de cassation accueille enfin à nouveau l'idée de représentation en 1873 (1), dans une hypothèse un peu différente de celle de l'arrêt de Dijon. Il s'agissait de l'appel formé par l'un des débiteurs, et auquel les autres demandaient à adhérer ; la Cour de cassation leur reconnaît ce droit. Pour elle, en effet, ils sont représentants les uns des autres : cette qualité leur est conférée par les dispositions du Code civil, (2). Cette qualité ne fait pas obstacle, d'ailleurs, — et nous retrouvons ici la même restriction que dans l'arrêt de Dijon, — à ce que chacun d'eux oppose les moyens de défense qui lui sont personnels (3). La Cour paraît, d'ailleurs, limiter la représentation aux actes qui touchent à l'obligation elle-même (4) ; d'autre part, elle ne prononce pas le mot de

(1) Civ. rej., 15 janvier 1873, Baisier, D. 73.1.249, S. 93.1.82 (en sous-note), arrêt rendu au rapport de Larombière.

(2) « En conférant, d'une part, au créancier d'une obligation solidaire le droit de contraindre celui des débiteurs qu'il veut choisir pour la totalité, et d'interrompre la prescription à l'égard de tous par les poursuites faites contre l'un d'eux ; en autorisant, d'autre part, le codébiteur poursuivi à opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, ainsi que celles qui sont communes à tous les coobligés, les articles 1202, 1203, 1204, 1206 et 1208 du Code civil font de chacun d'eux le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses consorts... »

(3) « En tant que ceux-ci n'ont pas à opposer aucune exception qui leur soit personnelle ... »

(4) On peut tirer cette conclusion des termes dans lesquels la Cour

mandat, et la représentation a visiblement, pour elle comme pour la Cour de Dijon, sa source dans la loi et non dans les conventions des parties. Les raisons pratiques mises en valeur par l'arrêt de Dijon ne sont pas reprises par la Cour de cassation ; l'intention de se renfermer dans l'interprétation des articles du Code apparaît chez elle évidente.

Au point de vue qui nous occupe, c'est bien pour la représentation parfaite qu'elle se prononce ; sans doute, la solution admise par elle est, dans l'espèce, favorable aux codébiteurs ; mais la généralité de ses motifs et la manière dont elle déduit la qualité de représentant des articles du Code civil (1) montrent qu'elle ne fait aucune distinction d'après la nature du résultat.

Le principe posé par la Cour de cassation va désormais se développer dans la jurisprudence : le mouvement en sa faveur est d'ailleurs général. Presque en même temps que la Cour de cassation le consacre en termes exprès, un arrêt de Bourges (2), sans oser l'affirmer ouvertement, donne une formule qui n'en est guère que la définition : « Les principes de la solidarité veulent que ce qui a été fait avec ou contre l'un des débiteurs soit fait avec ou contre tous. » D'où elle prend texte pour décider « qu'un jugement exécuté à l'égard de l'un doit être réputé exécuté à l'égard de tous ». La solution donnée est donc conforme

déclare l'appel profitable aux codébiteurs, s'il est « fondé sur des moyens *communs* de défense ». Or les moyens communs à tous sont ceux qui se rattachent à l'exécution ou à la conservation de l'obligation, comme le dit la Cour de Dijon, ce qui permet de rapprocher encore l'un et l'autre arrêt.

(1) Elle la déduit à la fois des droits que le créancier possède contre tous les débiteurs et des droits que chacun des débiteurs a contre le créancier (V. les motifs cités plus haut).

(2) Bourges, 31 janvier 1873, Lafitte, S. 73.2.86.

aux effets du principe de représentation sans que celui-ci soit reconnu d'une manière expresse. La timidité de la Cour de Bourges doit être attribuée sans doute à son ignorance de l'arrêt que la Cour de cassation venait de rendre.

Mais celui ci une fois connu, l'hésitation des Cours d'appel n'a plus de raison d'être : aussi, à partir de cette date, admettent-elles l'idée de représentation comme allant de soi et sans prendre la peine de la justifier (1); et, ce principe n'étant plus guère contesté, il ne va plus y avoir de débat que sur sa portée : la lutte va donc se restreindre entre la représentation parfaite et la représentation imparfaite. Dans cette période comme dans la précédente, la doctrine nouvelle sera admise par des arrêts de Cours d'appel avant d'être consacrée par la Cour de cassation.

2^e Première apparition de l'idée de représentation imparfaite.

Le premier arrêt en sa faveur paraît être l'arrêt de Lyon du 19 mai 1881 (2). Sa décision ne présente pas un caractère révolutionnaire : il se borne à faire profiter de l'appel interjeté en temps utile par leurs consorts ceux des débiteurs qui ont encouru la déchéance résultant de l'expiration des délais. Mais il la justifie par des motifs nouveaux en jurisprudence : « C'est là l'application des principes de la solidarité qui font que les coobligés sont les mandataires les uns des autres pour la défense des intérêts communs et pour améliorer leur situation seulement, mais qu'ils ne pourraient l'aggraver. »

Essayons de préciser la portée exacte de cette formule.

En admettant l'existence du principe de représentation

(1) V. notamment Nancy, 21 février 1877, Léonard, S. 77. .245.

(2) Lyon, 19 mai 1881, de la Jonquière, D. 82.2.193.

sans aucune restriction, deux solutions étaient possibles dans l'espèce : on pouvait admettre que l'appelant avait représenté ses codébiteurs ou qu'il avait été représenté par eux : au premier cas l'appel était recevable de la part de tous les coobligés, dans le second ils étaient tous déchus du droit d'appeler. D'où la nécessité, pour se déterminer entre ces deux alternatives, de restreindre l'étendue du pouvoir de représentation, et de préférence dans le sens du maintien du droit, l'anéantissement de celui-ci à l'égard du codébiteur qui avait tout fait pour le conserver paraissant peu équitable. Aussi la Cour formule-t-elle une première restriction : le pouvoir de représentation n'existe que pour la défense des intérêts communs. Mais cette restriction qui va de soi, puisqu'il est impossible de concevoir l'intention de représenter ses coobligés chez celui qui fait valoir un droit qui n'appartient qu'à lui seul et dans l'exercice duquel ceux qui n'en sont pas titulaires ne sauraient lui donner pouvoir d'agir, n'est pas encore suffisante. Car les codébiteurs, en ne remettant pas en question la chose jugée au préjudice de tous, peuvent être encore réputés agir dans l'intérêt commun. Une seconde restriction est donc nécessaire : elle consiste pour la Cour de Lyon en ce que les coobligés ne sont mandataires les uns des autres que pour améliorer leur situation et non pour l'aggraver.

Cette formule est susceptible de deux interprétations : ou bien la Cour entend par là consacrer la pure doctrine de la représentation imparfaite et admettre que des actes faits pour la défense de l'intérêt commun ne sont réputés faits par tous les coobligés que si le résultat en est favorable ; ou bien, — conformément à la doctrine de Larombière, — la Cour, sans faire de distinction entre les actes

faits dans l'intérêt commun d'après leur résultat, admet simplement que certains d'entre eux, qui compromettent le droit sans retour, comme la renonciation ou l'acquiescement, restent personnels à leurs auteurs, parce qu'ils aggraveraient la situation de tous. Entre ces deux interprétations, l'imprécision de la formule employée ne permet pas de choisir.

3° *Maintien du principe de représentation parfaite par la Cour de cassation.*

A ce moment, la Cour de cassation persévère au contraire dans la jurisprudence favorable à la représentation parfaite, inaugurée par l'arrêt de 1873, dans ses arrêts du 28 décembre 1881 et du 1^{er} décembre 1885, tous deux rendus en matière de chose jugée (1). La volonté de la Cour de cassation de maintenir les principes posés par elle s'affirme par le soin qu'elle prend d'employer exactement la même formule que celle dont elle s'était servie dans l'arrêt Baisier pour décider que les codébiteurs solidaires se représentent et que, par conséquent, la chose jugée contre l'un est aussi jugée contre l'autre (2). C'est tou-

(1) Civ. rej., 28 décembre 1881, Pilon, S. 83.1.465 et Civ. cass., 1^{er} décembre 1885, Campocasso, S. 86.1.55; ces deux arrêts rendus en matière de cautionnement solidaire assimilent la caution solidaire à un débiteur solidaire, par argument de l'article 2021 et décident, dans la première espèce, que la chose jugée entre le créancier et le débiteur principal est opposable à la caution solidaire, dans la seconde que la chose jugée entre le créancier et la caution solidaire est opposable au débiteur principal.

(2) « En matière d'obligations solidaires, et en raison même de la nature de ces obligations, chacun des débiteurs solidaires, qui peut, aux termes de l'article 1203 du Code civil, être poursuivi seul pour la totalité de la dette, et qui a le droit, aux termes de l'article 1208 du même Code, d'opposer au créancier toutes les exceptions qui résultent de la

jours d'une représentation parfaite qu'il s'agit, car, dans les deux affaires, la décision de la Cour suprême a pour les débiteurs des conséquences défavorables.

Un essai de résistance contre la théorie de la Cour de cassation fut tenté cependant par la Cour d'Alger en 1883 (1) : elle affirme, sans insister d'ailleurs, que la chose jugée contre un codébiteur solidaire n'est pas jugée contre les autres codébiteurs étrangers au jugement (2). Mais cette tentative demeura isolée, et, en 1885, la Cour d'Alger elle-même abandonna sa première attitude pour se ranger à la doctrine de la Cour de cassation (3). Mais elle n'emploie pas tout à fait les mêmes expressions que celle-ci : elle se rallie franchement à la théorie de Merlin, dont elle invoque l'autorité (4) ; elle paraît d'ailleurs l'appuyer sur les textes du Code civil (5). En outre des raisons

nature de l'obligation, doit être considéré comme le *contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses coobligés* » ; formule identique dans les deux arrêts.

(1) Alger, 2 janvier 1883, Puech, S. 84.2.17, rendu sous la présidence de M. Parisot, et la note de M. Lacoste.

(2) « Dans cet état de la procédure, il y a lieu, la chose jugée contre un débiteur solidaire ne l'étant pas contre les autres codébiteurs étrangers au jugement, de réserver à Puech tous ses droits quant à son recours en garantie. »

(3) Alger, 7 décembre 1885, Deliot, S. 86.2.80, rendu sous la présidence de M. Puech.

(4) « Il est certain que, par cela seul que des codébiteurs s'engagent solidairement à la même dette, ils se constituent, suivant l'expression de Merlin, mandataires l'un de l'autre pour la payer, et par suite, pour se représenter mutuellement dans tous les actes et dans toutes les procédures qui tendraient à les faire payer, et pour faire valoir, dans l'intérêt commun, tous les moyens qu'ils pourraient avoir de s'exempter de la payer... »

(5) « L'affirmative (quant à la question de savoir si la chose jugée contre les uns l'est contre tous) se dégage du texte et de l'esprit des articles 1197, 1200, 1203, 1206 et suivants du Code civil... »

pratiques la déterminent : aussi bien le désir d'éviter le danger de la contrariété des jugements que la crainte, en adoptant la solution contraire, de faire naître des contestations et d'aggraver les frais de la procédure en forçant le créancier à mettre tous les débiteurs en cause (1).

A côté de ces arrêts qui se prononcent évidemment pour la représentation parfaite, puisque leurs décisions sont défavorables aux débiteurs, il y en a d'autres dont la doctrine est plus indécise : ils se prononcent en faveur des débiteurs, mais n'emploient pas le terme de représentation, se contentant de leur accorder le droit de profiter de l'appel interjeté par leur consort, sans autres motifs que l'existence de la solidarité (2).

4^o Réapparition de l'idée de représentation imparfaite.

La représentation imparfaite reparait en 1889 dans la jurisprudence, dans un jugement du tribunal de Jonzac en date du 13 août 1889 confirmé par la Cour de Poitiers le 16 mars 1890 (3). Plusieurs débiteurs avaient été poursuivis et condamnés solidairement en 1855 ; en 1857, l'un d'eux, M. Bart, fit opposition et en fut débouté ; en 1858, ses codébiteurs font opposition à leur tour et obtiennent la réduction de la condamnation prononcée. Le créancier veut faire exécuter contre l'héritier de M. Bart le jugement rendu contre celui-ci ; le tribunal et la Cour admet-

(1) « Cette doctrine est non seulement juridique, mais elle évite la multiplicité des contestations et des frais, ainsi que la contrariété des décisions judiciaires. »

(2) Paris, 9 février 1877, sous Req. rej., 26 mars 1878, Pereire, Salvador et consorts, S. 79.1.17 et Req. rej., 10 novembre 1890, Liquidation de la Société du Cercle Transport, S. 91.1.241. V. aussi Civ. cass., 27 août 1877, Durrieu et Sider, S. 78.1.49, qui évite de se prononcer.

(3) S. 94.1.233 et la note de M. Tissier.

tent que Bart peut profiter du jugement de réduction obtenu par ses consorts pour deux raisons : en premier lieu le droit d'invoquer le bénéfice de celui-ci est une exception tirée de la nature de l'obligation qui appartient à Bart en vertu de l'article 1208 ; en second lieu, c'est une conséquence « du principe admis par la jurisprudence (1) que les débiteurs solidaires sont considérés comme se représentant les uns les autres chaque fois qu'il s'agit d'améliorer la situation commune ».

Cette fois, la consécration de la théorie de la représentation imparfaite ne prête à aucune équivoque : il ne s'agit pas ici de l'application de la théorie de Larombière, puisque l'on n'est pas dans un des cas où le codébiteur a rendu la situation des autres pire, par son fait personnel, et le principe est admis dans toute sa force, puisqu'il a pour effet de rendre comme non avenue une décision passée en force de chose jugée. La formule employée s'y prête d'ailleurs, car elle est très vague et très générale et l'on ne voit guère d'hypothèse qu'elle ne puisse atteindre. C'est, à notre connaissance, la consécration la plus étendue qu'ait reçue en jurisprudence l'idée de représentation imparfaite.

A cette doctrine se rattache encore, mais beaucoup plus timidement, un arrêt d'Agen du 28 octobre 1891, confirmant un jugement du tribunal d'Auch du 25 mai 1891 (3). Cet arrêt est remarquable pour la netteté avec laquelle il se prononce en faveur de la représentation et de l'extension des dispositions des articles 1205, 1206 et 1207 ; il s'agissait de savoir si la reconnaissance de la dette faite par l'un des débiteurs était opposable à tous : la Cour ad-

(1) Cette affirmation semble au moins prématurée en 1889.

(2) Agen, 28 octobre 1891, consorts Lartet, D. 93.2.540.

met l'affirmative en vertu du principe « de la solidarité entre codébiteurs, laquelle tient essentiellement du mandat et de la société, et fait que, chaque débiteur solidaire étant débiteur de la dette contractée par tous comme s'il l'avait contractée seul, il en résulte, dans l'intérêt du créancier, un mandat consenti par chacun des codébiteurs de représenter les autres, en même temps qu'une association ne formant, au regard du créancier, qu'une seule personne représentant tous les débiteurs solidaires ; d'où la conséquence que, dans la limite de la dette, chaque débiteur représente son coobligé : c'est un associé qui a la signature sociale et en use à la condition bien entendu de ne pas rendre la situation pire... » Nous n'insisterons pas sur le rapprochement fait par la Cour entre la situation des débiteurs solidaires et celle des associés : elle reprend en somme une vieille idée qui, par les commentateurs du droit romain, avait pénétré dans notre ancien droit, et qui s'est maintenue chez les premiers interprètes du Code civil. Mais que veut-elle dire par sa restriction finale « à condition de ne pas rendre la situation pire » ? Il est assez difficile de le déterminer, car la solution qu'elle admet est défavorable aux codébiteurs, et à ce titre, paraîtrait plutôt appartenir à la doctrine de la représentation parfaite. Pour notre part, nous serions assez portés à croire que cet arrêt a été rendu sous l'inspiration de la doctrine de Larombière, et qu'il faut entendre par cette expression que le mandat ne s'étend pas aux actes qui ont pour résultat d'anéantir le droit des débiteurs, tels par exemple qu'une renonciation ou un acquiescement, et qui, d'après Larombière, ont un caractère personnel pour celui qui les fait. Il s'agirait donc d'une représentation restreinte, et non pas tout à fait d'une représentation imparfaite : mais l'arrêt d'Agen fait déjà pressentir le triomphe de celle-ci.

§ 2. — Représentation imparfaite.

1^o Consécration de l'idée par la Cour de cassation.

L'arrêt de Cassation du 16 décembre 1891 (1), qui consacre définitivement la théorie de la représentation imparfaite, ne fait donc que suivre le mouvement inauguré en 1881 par la Cour de Lyon. Il est remarquable pour la netteté avec laquelle la Cour de cassation, si réservée d'ordinaire, se prononce pour la théorie nouvelle. Il semble même, étant donné le nombre des moyens qui s'offraient à elle pour éluder la question, qu'elle ait saisi avec impatience l'occasion de trancher la controverse. Le débat portait en effet sur l'existence même de la solidarité, que le jugement de première instance n'avait pas reconnue : « il semblait bien difficile de dire que des personnes jugées non débitrices par le Tribunal devaient néanmoins être considérées comme se représentant les unes les autres au point de vue de l'appel » (2). La Cour de cassation pouvait encore restreindre sa décision d'une autre manière : il s'agissait d'une responsabilité *in solidum* et le pourvoi posait la question de savoir si cette sorte de solidarité produit les mêmes effets que la solidarité conventionnelle ; la Chambre civile a négligé d'y répondre (3).

(1) Civ. cass., 16 décembre 1891, Cotté, S. 93.1.81, et la note de M. Tissier ; D. 92.1.177 et la note de M. Cohendy ; *Pand. franç.*, 92.1.211, avec le rapport du conseiller Roussellier.

(2) M. Tissier, note citée.

(3) La remarque est encore de M. Tissier, *ibid.* — C'est en somme la distinction de la solidarité parfaite et de la solidarité imparfaite que le pourvoi mettait en jeu ; à cette époque la question n'avait pas encore été tranchée par la jurisprudence. La Cour de cassation a rejeté depuis cette distinction. V. Civ. cass., 3 juillet 1900, de Fage de Chaulnes,

L'importance de cet arrêt nous oblige à étudier l'hypothèse dans laquelle il fut rendu.

Un entrepreneur de camionnage, M. Cotté, avait transformé son entreprise en société anonyme, et, à l'occasion de la constitution de cette société, il était intervenu, entre lui et la Banque qui se chargeait de l'émission des titres, une convention qui s'inspirait plutôt de ses intérêts propres, et de ceux de la banque, à laquelle une commission de 500.000 francs était consentie, que de ceux de la société. Il avait conclu cette convention en qualité de président du Conseil d'administration, et d'accord avec les administrateurs, les frères Delannoy, et MM. Colle et Cordier, qui étaient, à l'exception de M. Colle, ses anciens employés et auxquels il avait lui-même fourni les actions nécessaires à la garantie de leur gestion. La société, ayant périclité, fut mise en liquidation, et une demande judiciaire fut formée contre les administrateurs pour leur demander compte de leur gestion. Cette demande fut repoussée par le Tribunal de commerce de la Seine le 9 avril 1888, et le jugement fut signifié au liquidateur par M. Cotté le 13 août suivant. C'est ici que les difficultés vont commencer.

Le liquidateur interjette appel du jugement, mais l'appel n'est signifié à Cotté que le 8 novembre : ce dernier oppose donc devant la Cour de Paris une fin de non-recevoir tirée de la tardiveté de l'appel. Cette fin de non-recevoir est rejetée par la Cour le 1^{er} juin 1889 par un arrêt, qui, s'il ne se réclame pas de la représentation parfaite, adopte cependant la solution que cette doctrine ferait prévaloir, comme une conséquence toute naturelle des principes sur la solida-

S. 00.1.441, D. 02.1.417 et la note de M. Levillain. Req. rej., 17 mars 1902, Hayem, D. 02.1.541. Adde, *Revue trimestrielle du droit civil*, 1903 p. 166.

rité(1). Cet arrêt infirme d'ailleurs le jugement du Tribunal de commerce et condamne solidairement les administrateurs à restituer 500.000 francs à la Société en liquidation.

Deux pourvois distincts sont alors formés, l'un par Cotté, fondé sur le chef de l'arrêt qui rejette la fin de non-recevoir proposée par lui, l'autre par les frères Delannoy et M. Cordier, fondé sur la condamnation solidaire prononcée contre eux et sur le chef de l'arrêt qui déclare recevable l'appel dirigé contre leur consort.

La Chambre civile accueille les deux pourvois et prononce la cassation de l'arrêt de Paris. En ce qui concerne Cotté, la Cour de cassation nie le principe dont l'arrêt s'inspirait : elle n'admet pas que la régularité de l'appel à l'égard de plusieurs des débiteurs couvre la déchéance encourue à l'égard d'un seul. Elle ne prétend pourtant pas rejeter ainsi la théorie de la représentation et consacrer le principe de la personnalité des voies de recours. Elle affirme au contraire l'existence du mandat tacite, mais elle en restreint la portée : « En règle générale, et sauf les exceptions pouvant résulter d'une disposition expresse ou virtuelle de la loi, le mandat que les codébiteurs solidaires sont réputés se donner entre eux, *s'il leur permet d'améliorer la condition de tous, n'a pas pour effet de pouvoir nuire à la condition d'aucun d'eux.* » Et comme il y a entre la condamnation prononcée contre Cotté et celle qui a été prononcée contre Delannoy et Cordier « un lien

(1) Paris, 1^{er} juin 1889, sous Cass. précité : « En matière de solidarité, l'appel interjeté en temps utile contre plusieurs des débiteurs solidaires, conserve le droit de l'appelant vis-à-vis des autres débiteurs. »

de dépendance et de subordination nécessaire », la cassation obtenue par Cotté est étendue au chef qui fait grief à leurs consorts.

Voilà donc la théorie de la représentation imparfaite reconnue et sanctionnée : il nous faut, avant d'aller plus loin, examiner sous quel aspect elle se présente, d'après les motifs de l'arrêt.

En premier lieu, — et c'est un principe qui paraît à la Cour de cassation d'une certitude si absolue qu'elle s'abstient de le justifier, — les codébiteurs solidaires se représentent. Cette représentation n'a pas lieu en vertu d'une disposition légale déterminée, mais en vertu d'un mandat que les codébiteurs sont réputés se donner réciproquement, d'un mandat tacite par conséquent. La Chambre civile néglige d'expliquer pourquoi l'on doit supposer l'existence de ce mandat, pourquoi les débiteurs sont réputés se le donner : sans doute son opinion est-elle fondée sur la conception que l'on doit se faire de la solidarité d'après le Code civil mais elle s'abstient de la développer.

En second lieu, ce mandat ne confère à chacun des débiteurs qu'un pouvoir limité de représentation. Ce pouvoir *permet* aux débiteurs d'améliorer la condition de leurs consorts ; *il n'a pas pour effet* de leur nuire. Les termes employés par la Cour de cassation doivent être retenus : ils accusent le caractère singulier de ce prétendu mandat et témoignent de l'embarras du rédacteur. Il est très difficile, en effet, de donner une définition juridique précise d'un mandat qui donne pouvoir de gagner, mais non de perdre : car le mandat doit préexister à l'acte qu'il donne pouvoir d'accomplir, et il semble peu logique de se déterminer d'après l'issue de l'acte, pour décider rétroactivement si

le pouvoir de représentation existait ou non à l'origine. Le rédacteur de l'arrêt paraît avoir aperçu cette difficulté que M. Colmet de Santerre a signalée l'un des premiers (1). Il la laisse habilement dans l'ombre, grâce à une rédaction ambiguë : car il ne dit pas : « Le mandat existe si le résultat de l'acte est favorable, il n'existe pas si le résultat est défavorable » ; mais « le mandat permet... », « il n'a pas pour effet », ce qui n'attire pas au même degré l'attention sur le point faible de la théorie : par cet artifice de style, il réussit, dans une certaine mesure, à éluder la difficulté.

Tel est l'aspect particulier que la théorie de la représentation imparfaite revêt dans les motifs de cet arrêt : essayons d'en déduire, dans l'hypothèse visée par lui, les conséquences logiques qu'elle comporte.

Quand Cotté signifie le jugement dans lequel il a triomphé ainsi que ses consorts, il accomplit un acte qui améliore la situation de tous les bénéficiaires du jugement : car il fait courir les délais d'appel contre le créancier. Par conséquent, il les représente tous : la signification faite par lui est censée faite par tous, et pour ne pas être forclos, le créancier devra faire appel dans les deux mois de la signification accomplie par lui.

Le créancier fait appel : il compromet ainsi la situation favorable que chacun de ses prétendus débiteurs tenait du jugement : donc ceux d'entre eux qui reçoivent la signification de l'acte d'appel ne représentent pas les autres, et le créancier devra faire appel contre chacun d'eux dans les délais que la signification d'un seul a fait courir au profit de tous.

Mais précisément, il signifie trop tard l'acte d'appel à

(1) Colmet de Santerre, V, 328 bis, XXII.

Cotté : celui-ci n'a pas été représenté par ses consorts qui ont reçu la signification à temps : l'appel dirigé contre lui n'est donc pas recevable. Ce n'est pas tout : la déchéance que le créancier encourt ainsi est un résultat favorable sans aucun doute pour Cotté : ses consorts ne doivent-ils pas être admis dès lors à en profiter en vertu de l'idée de représentation ?

La Cour de cassation ne va pas jusqu'à l'admettre, en théorie du moins, et on comprend son attitude. C'est déjà beaucoup de faire profiter les codébiteurs de la signification qu'ils n'ont pas faite, sans aller encore jusqu'à annuler l'acte d'appel régulier qu'ils ont reçu personnellement : mais il y a d'autres difficultés. La déchéance que Cotté peut opposer au créancier est l'effet de l'abstention de celui-ci : Cotté, depuis qu'il a signifié le jugement, est demeuré entièrement passif : il a attendu les démarches du créancier. Peut-on prétendre qu'il a, en gardant cette attitude expectante, représenté ses codébiteurs ? Ne l'oublions pas, la représentation fait que l'acte accompli par le représentant a un effet direct et immédiat à l'égard du représenté ; mais si le prétendu représentant n'a rien fait, rien reçu, tandis que le prétendu représenté a été l'objet, au contraire, d'une poursuite personnelle, peut-on dire qu'il y a eu vraiment représentation ?

C'est bien pour cela que la Cour de cassation n'a pas décidé que les codébiteurs devaient profiter, en vertu de l'idée de représentation de la déchéance encourue par le créancier à l'égard de Cotté ; mais pratiquement, elle est arrivée, par un autre moyen, au même résultat.

L'examen du second chef de l'arrêt, celui qui statue sur les pourvois de Delannoy et de Cordier, le démontre à nos yeux. Si la Cour de cassation avait voulu pousser l'idée

de représentation imparfaite jusqu'à admettre que la déchéance obtenue par Cotté devait profiter à Delannoy et à Cordier parce qu'ils avaient été représentés par lui, elle serait arrivée à des résultats incompatibles avec la conception véritable de la représentation. Aussi prend-elle soin de dire, pour marquer qu'elle ne commet pas cette erreur, que le moyen tiré du défaut d'appel dans les deux mois « est personnel à Cotté » ; elle fait cependant profiter Delannoy et Cordier de la cassation obtenue par celui-ci, sous prétexte qu'il existe « entre la condamnation prononcée contre eux et celle prononcée contre Cotté un lien de dépendance et de subordination nécessaire ». Ce sont là des motifs bien vagues, et sous lesquels semble se cacher la vieille idée, si souvent réfutée, de l'indivisibilité des jugements(1). Quand un procès est engagé contre plusieurs personnes sur une question commune, le résultat n'en saurait être différent pour chacune d'elles, parce qu'il serait absurde que le demandeur fût placé envers l'une dans une situation différente de celle qu'il occupe envers l'autre. Ainsi, dans l'espèce, la faute dont on accusait Delannoy et Cordier d'être les complices, avait été commise par Cotté. Le jugement qui refusait de condamner celui-ci était passé en force de chose jugée : légalement il devait être considéré comme n'ayant commis aucune faute. Cependant, si l'arrêt de Paris subsistait contre ses consorts, ceux-ci devaient être considérés comme les complices de la faute dont le jugement du tribunal de commerce niait l'existence : résultat qui paraît inadmissible à la Chambre civile.

Et pourtant, c'est un principe aujourd'hui universellement admis, que la vérité judiciaire est toute relative ; que

(1) Elle apparaît aussi dans le rapport de M. Roussellier. V. *Pand. fr.*, *loc. cit.*

la qualité de créancier ou de débiteur, par exemple, peut être réputée établie à l'égard de certaines personnes, tandis qu'elle ne l'est pas à l'égard de certaines autres. Il n'est pas plus absurde d'admettre qu'une faute existe, ou n'existe pas, suivant qu'il s'agit de l'opposer à certaines personnes ou à certaines autres, et par conséquent la décision de la Chambre civile est très contestable : il n'y faut voir qu'une manifestation de plus de la tendance favorable aux débiteurs solidaires, un procédé pour admettre en fait ce qu'on n'osait admettre en droit.

2° Critiques provoquées par l'arrêt de 1891.

Cet arrêt ne fut pas, on le pense bien, sans provoquer un vif émoi. La consécration formelle, de dessein prémédité, d'une théorie qui jusque-là était demeurée presque exclusivement dans le domaine de la doctrine, ne pouvait manquer d'attirer sur elle l'attention. Aussi fut-elle plus discutée, dans les premières années qui suivirent l'arrêt Cotté qu'elle ne l'avait été depuis le commencement du XIX^e siècle. Et les critiques dont elle fut l'objet contribuèrent peut-être à rendre la jurisprudence plus timide.

Le premier annotateur de l'arrêt, M. Cohendy (1), n'admet pas la doctrine de la Cour de cassation : sans la critiquer très vivement, il constate que les articles 1205, 1206 et 1207 sont absolument contraires à la représentation imparfaite ; que ces dispositions, quoi qu'on en ait dit, ne sont pas exceptionnelles de leur nature mais constituent l'application d'un principe général en vertu duquel les codébiteurs se représentent non seulement dans leur intérêt personnel et pour améliorer leur situation respective,

(1) D. 92.1.177 précité.

mais aussi dans l'intérêt du créancier et pour tout ce qui se rapporte à la conservation et à la poursuite de ses droits. Il admet en somme la doctrine d'Aubry et Rau, à l'ouvrage desquels il renvoie, mais sans faire les mêmes restrictions : il en demeure donc à la représentation parfaite.

M. Tissier (1) dirige contre l'arrêt, et contre le principe dont il s'inspire des critiques beaucoup plus vives. Il conteste même l'existence du principe de représentation dans la solidarité ; il lui reproche d'être plus factice et artificiel que réel et fondé sur l'expérience et la nature des choses ; il conduit à des résultats contradictoires si l'on se prononce pour la représentation parfaite ; il est assez peu rationnel si on le prend avec la formule atténuée de la Cour de cassation : « Il est en effet contradictoire de dire qu'un codébiteur solidaire représente les autres tant pour améliorer leur situation que pour conserver et perpétuer la dette. Il est tout à fait arbitraire de dire qu'il les représente pour leur profiter et non pour leur nuire. » Il verrait sans regret disparaître une idée aussi dangereuse et aussi peu sûre. Il montre ensuite que la Cour de cassation n'a pas fait du principe admis par elle une application très exacte, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut.

M. Charmont (2) accepte au contraire assez volontiers la doctrine de la Cour de cassation ; il constate, d'une part, que les principes d'unité d'obligation et de pluralité de liens ne peuvent suffire à expliquer tous les effets de la solidarité, et que, d'autre part, la notion d'un mandat tacite illimité n'a rien de rationnel. Il est conduit à admet-

(1) S. 93.1.81 précité.

(2) *Rev. critique*, 1894, p. 65-70.

tre la théorie du mandat imparfait par le désir d'atténuer les effets, déjà très rigoureux de la solidarité.

MM. Baudry-Lacantinerie et Barde repoussent nettement la théorie de la représentation imparfaite, tant à l'égard des créanciers (1), que des débiteurs solidaires (2). Ils paraissent toutefois admettre la théorie de Larombière en ce qui concerne ces derniers (3). M. Lacoste est également un adversaire de la représentation imparfaite (4). Selon lui, « les débiteurs solidaires s'associent dans leur intérêt et dans celui du créancier, de manière à ne former, pour ce qui concerne la communauté, qu'une seule personne. Leur représentation réciproque cesse toutefois lorsqu'il s'agit d'augmenter l'obligation (art. 1205) » (5). D'une façon générale, on peut dire que la doctrine tend à adopter dans la solidarité, la théorie de la représentation parfaite (6).

3^o *Evolution de la jurisprudence après 1891.*

La Cour de cassation paraît avoir regretté d'être sortie de ses habitudes de réserve ; en tout cas, depuis 1891, elle n'a jamais renouvelé, d'une manière aussi nette, l'expression de sa théorie. On peut cependant considérer l'arrêt Grasset, rendu par elle le 27 novembre 1893, comme en précisant la portée (7).

Cet arrêt est rendu sur le pourvoi formé contre l'arrêt de

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, II, n. 1159, p. 264-265.

(2) *Ibid.*, n. 1321, p. 323-325.

(3) *Ibid.*, p. 304-330.

(4) Lacoste, n. 591-614.

(5) *Ibid.*, n. 600.

(6) En ce sens : Planiol, II, n. 736 et s. — V. cep. Huc, VII, n. 318 et suiv. ; Gény, § 74, p. 449 ; Pilon, p. 275, n. 189.

(7) S. 94.1.233, et la note de M. Tissier.

Poitiers du 16 mars 1890 que nous avons étudié plus haut. Il en prononce la cassation parce que la Cour considère que le principe de l'autorité de la chose jugée fait obstacle à l'application de la théorie de la représentation imparfaite : « Le mandat que les codébiteurs solidaires sont présumés s'être donné mutuellement pour *se représenter en justice dans un intérêt commun* cesse nécessairement, dit-elle, quand l'un d'eux ayant agi isolément, il est intervenu vis-à-vis de lui une décision passée en force de chose jugée ; condamné définitivement, il ne peut plus se prévaloir des décisions favorables qui interviendraient ultérieurement entre ses coobligés et le créancier. »

Bien que l'affirmation soit moins catégorique, l'arrêt Grasset maintient la doctrine de l'arrêt Cotté : si la formule du début ne contient plus la même restriction en ce qui touche le pouvoir de nuire, il est permis de tirer de la façon dont est rédigée la fin de la phrase la conclusion que la décision de 1891 est maintenue en ce qui concerne le pouvoir d'améliorer. Seulement, la Cour de cassation lui oppose ici l'effet de la chose jugée, qui crée au débiteur solidaire une situation spéciale et fait cesser le mandat qui n'existe que dans l'intérêt commun. M. Tissier remarque avec raison que cette décision s'écarte de la jurisprudence antérieure sur l'effet de l'appel, qui permettait au codébiteur de profiter de la régularité de l'appel interjeté par son consort. Car, lorsque les délais d'appel sont expirés, le jugement passe en force de chose jugée ; les arrêts de 1881 et 1885 faisaient bon marché de cette circonstance dont l'arrêt de 1893 se préoccupe bien davantage.

En somme, cet arrêt marque une hésitation dans la jurisprudence, qui, sans doute impressionnée par les critiques dirigées contre l'arrêt Cotté tend à revenir en arrière.

On ne peut pas dire cependant que la Chambre civile abandonne sa jurisprudence : les arrêts qu'elle rend dans les années qui suivent, s'ils ne mentionnent pas l'idée de représentation imparfaite, semblent inspirés par elle. Ainsi en 1895, dans l'arrêt Baffoy (1), la Chambre civile déclare que les débiteurs solidaires ne peuvent invoquer la convention particulière par laquelle leur codébiteur s'est fait décharger de la solidarité en payant sa part dans une dette indéterminée, d'après l'évaluation faite par lui avec le créancier : si plus tard par conséquent les débiteurs font réduire le montant du compte, « cette réduction dont le débiteur déchargé ne peut se prévaloir, ne leur confère pas le droit d'imputer sur la dette commune la somme payée par celui-ci et d'en profiter ainsi pour leur part. » Mais c'est qu'il s'agit d'un acte purement personnel au codébiteur : pour qu'il eût représenté ses consorts dans cette convention, il aurait fallu qu'il eût la volonté d'agir pour leur compte en même temps que pour le sien. Or, puisqu'il est établi en fait qu'il n'a voulu agir que pour son compte personnel, l'intention de représenter faisant défaut chez lui, la représentation ne s'applique pas. Remarquons toutefois que la réduction postérieure obtenue par ses consorts ne lui profitera pas, pour la même raison qu'en 1893, c'est-à-dire parce que la situation est fixée d'une manière définitive.

De même, en 1898, la chambre civile décide qu'en supposant qu'un débiteur acquiesce à un jugement, cet acquiescement ne peut être opposé à son codébiteur solidaire (2). Quoique cet arrêt ne se fonde pas sur la repré-

(1) Civ. cass., 24 juillet 1895, Baffoy, S. 99.1.494.

(2) Civ. cass., 26 octobre 1898, cons. Grange, S.99.1.444.

sensation imparfaite, il consacre une solution qui semble inspirée par la doctrine de Larombière (1).

Cependant, il faut noter une décision dans laquelle la Chambre des requêtes semble marquer sa désapprobation à l'égard de la doctrine favorable à la représentation admise par la Chambre civile. C'est un arrêt du 5 avril 1897, rendu en matière d'arrêté de compte (2). Un débiteur solidaire avait fait un arrêté de compte avec le créancier : comme cette convention ne présentait pas en fait un caractère personnel à son auteur, la Cour de Rennes en avait fait bénéficier les autres débiteurs solidaires, non pas en vertu de l'idée de mandat tacite, mais en assimilant l'arrêté de compte au paiement et en appliquant l'article 1200 du Code civil (3). La Chambre des requêtes rejeta le pourvoi : et certes il lui eût été bien facile de justifier sa décision en invoquant l'idée de représentation imparfaite : mais elle a soin de ne pas le faire : « La dette solidaire étant *une*, l'arrangement ou le règlement non personnel, par lequel un débiteur solidaire en fait réduire le montant, profite à tous les autres codébiteurs. » Il serait assurément curieux que les deux Chambres civiles de la Cour de cassation fussent en désaccord sur un point aussi important. En tout cas cet arrêt est un indice de plus du mouvement de réaction contre l'arrêt de 1891, qui semble se dessiner dans la jurisprudence.

Ce mouvement de recul paraît s'accroître dans un arrêt rendu par la Chambre civile elle-même, le 12 juillet 1899 (4). La Cour de cassation maintient par cet arrêt la

(1) V. plus haut, p. 79 et s.

(2) Req. rej., 5 avril 1897, Augé, S. 98.1.505.

(3) Rennes, 11 juillet 1895, sous le précédent.

(4) Civ. cass., 12 juillet 1899, Liquid. de la Banque du commerce, S. 00.1.185.

jurisprudence inaugurée par l'arrêt La Rochefoucauld de 1825 : l'exécution d'un jugement par défaut contre un seul des débiteurs solidaires interrompt contre tous la péremption de six mois organisée par l'article 156 du Code de procédure civile ; la Cour invoque l'article 1206 du Code civil : les codébiteurs solidaires conservent d'ailleurs le droit de faire opposition au jugement sur l'exécution qui en sera personnellement dirigée contre eux.

D'après l'arrêtiste anonyme du *Sirey*, la Cour de cassation fait ici une application du mandat *ad minuendam et conservandam obligationem, non ad augendam*. L'exécution du jugement aurait effet contre tous, parce qu'elle n'aggrave pas l'obligation et ne fait que la perpétuer : elle n'enlèverait pas aux débiteurs le droit de faire opposition, parce qu'autrement leur situation serait aggravée. Nous ne contestons pas qu'en fait la solution donnée par la Cour de cassation s'accorde assez bien avec l'idée du mandat *ad conservandam non ad augendam*, mais il nous semble qu'elle s'inspire plutôt de l'autorité d'une jurisprudence ancienne que de ce motif théorique. En tous les cas, il est indiscutable que la Cour de cassation ne maintient plus entièrement sa doctrine de 1891 : car l'acte qui interrompt la péremption du jugement est certainement un acte défavorable aux débiteurs, auquel, d'après la formule de l'arrêt Cotté, leur codébiteur n'aurait pu être réputé leur représentant.

Dans le même arrêt, la Cour de cassation fait un pas de plus : elle admet que l'exécution du jugement par défaut contre un des débiteurs solidaires interrompt, non plus la péremption du jugement de l'article 156 du Code de procédure, mais la péremption de l'instance organisée par l'article 397 du même Code : et que cette interruption est

opposable aux autres débiteurs, nonobstant la nullité de la signification faite à l'un d'eux. Il eût été plus conforme à la théorie de la représentation imparfaite, telle qu'elle avait été élaborée par l'arrêt de 1891, d'admettre que la nullité de la signification envers l'un des défendeurs profitait à tous, et que l'instance était périmée envers tous : du moins aurait-on pu se contenter, comme le tribunal de commerce de la Seine l'avait fait, de déclarer l'instance périmée au profit du codébiteur à l'égard duquel la signification était irrégulière.

En 1900, la Chambre civile évite aussi de faire appel à l'idée de représentation dans une circonstance où elle décide qu'un débiteur solidaire profite de l'appel principal interjeté par son codébiteur, et peut dès lors interjeter un appel incident (1). Les seuls motifs qu'elle en donne sont le lien de solidarité qui les unit, et la dépendance existant en fait entre la condamnation prononcée contre le débiteur solidaire qui fait appel incident et la condamnation dont l'appelant principal demandait à être déchargé.

En 1901 l'idée de représentation reparait, non pas à la vérité avec la formule de 1891, mais avec une formule qui se rapproche beaucoup de celle de 1893, à cela près que le terme de « représentation » est substitué à celui de « mandat » : « Les codébiteurs solidaires, pris isolément, sont censés se représenter mutuellement dans un intérêt commun (2). » La Cour de cassation ne mentionne plus la restriction que comporterait la théorie de la représentation imparfaite, et elle décide d'autre part,

(1) Civ. rej., 14 novembre 1900, Cosquin, Fierfort et autres, S. 02. 1.265, et la note de M. Naquet.

(2) Civ. rej., 1^{er} mai 1901, Abadie et Langlois, S. 02.1.433, et la note de M. Lacoste.

dans l'espèce, que la chose jugée contre un débiteur solidaire est jugée contre ses cautions solidaires : il est vrai, comme le remarque M. Lacoste, que la solution aurait été sans doute la même s'il s'était agi d'une caution simple, la Cour de cassation admettant que la chose jugée contre le débiteur principal l'est par là même contre la caution.

Mais cette décision fixe un point très important : d'après elle, la représentation mutuelle des débiteurs solidaires ne s'applique pas « au cas où, tous ayant été compris dans le même jugement de condamnation, tous ont été par là individuellement mis en demeure de se défendre ». Dans ce cas, les voies de recours intentées par l'un d'eux en temps utile, ne profitent aux autres que s'ils se joignent au premier ; faute de quoi, « celui qui n'agit pas est censé acquiescer, et le jugement qui le condamne acquiert contre lui l'autorité de la chose jugée, tandis que ce jugement peut être infirmé au profit d'un autre débiteur plus diligent ». La Cour de cassation apporte donc une grave restriction au principe, admis depuis si longtemps par elle, que l'appel d'un des codébiteurs solidaires profite aux autres : toutefois sa formule ne permet pas de se rendre un compte exact de la portée de cette décision.

On aperçoit bien, tout d'abord, que, lorsque le débiteur ne se sera joint d'aucune manière à la voie de recours intentée par son consort, il ne pourra en réclamer le bénéfice ; et de même que, lorsqu'il s'y sera joint en temps utile, il sera admis à en profiter. Mais qu'arrivera-t-il si son adhésion ne se produit qu'après l'expiration des délais pendant lesquels la voie de recours peut être formée ? C'est ce que la Cour de cassation n'explique pas clairement. Elle dit seulement qu'il doit se joindre « au recours exercé en

temps utile », sans qu'on sache si ces derniers mots s'appliquent à la voie de recours, ou à l'adhésion elle-même. M. Lacoste ne craint pas d'affirmer que la Cour de cassation admet par là, « d'une manière générale, que si l'un des débiteurs condamnés exerce en temps utile une des voies de recours ouvertes par la loi, les autres, relevés au besoin de la déchéance qu'ils ont encourue, peuvent se joindre à ce recours ». Sans doute, la jurisprudence de la Cour de cassation rend cette déduction infiniment probable, mais nous avouons que, pour notre part, nous ne saurions nous risquer à tirer une conclusion quelconque d'une formule aussi ambiguë.

L'exclusion de la représentation dans l'hypothèse visée par la Cour de cassation est d'ailleurs très sage ; on ne saurait considérer comme représentants réciproques des personnes qui figurent ensemble au même jugement, car la notion même de représentation suppose que le représenté ne figure pas lui-même à l'acte où le représentant se rend partie à sa place. Seulement, quand une voie de recours est intentée par un seul des coobligés, la représentation pourrait reparaître, et serait certainement admise en vertu de l'idée de représentation imparfaite. Du moment que la Chambre civile l'exclut même dans ce cas, c'est qu'elle renonce, au moins en partie, à sa doctrine de 1891.

La Chambre civile affirme encore, l'année suivante (1), que les codébiteurs solidaires se représentent, dans une hypothèse où elle fait d'ailleurs de ce principe une application inexacte (2) ; « ce qui a été jugé à l'égard de B. concerne tous ses codébiteurs solidaires dont il était le

(1) Civ. cass., 25 mars 1902, Lemarquis, S. 03.1.484, et la note.

(2) V. la note sous l'arrêt.

représentant légal et nécessaire ». La décision est favorable à ceux-ci, du moins dans l'esprit de la Cour de cassation, puisque le jugement dont il s'agissait est considéré par elle comme réduisant le chiffre de la dette commune ; on ne saurait donc en déduire que la Cour de cassation se prononce pour la représentation parfaite ou pour la représentation imparfaite, la solution devant être la même dans les deux cas.

Nous ne trouvons plus, après 1902, d'arrêt de la Chambre civile, mais seulement deux arrêts, en sens divergent, de la Chambre des requêtes, rendus en matière de cautionnement solidaire.

Le premier d'entre eux (1) résout une question assez analogue à celle qui s'était présentée devant la Chambre civile en 1893 : une caution solidaire, poursuivie avant le débiteur principal, avait été condamnée envers le créancier. Plus tard, le débiteur principal, poursuivi à son tour, fit juger que la dette était prescrite : le créancier s'étant alors retourné contre la caution, celle-ci prétendit profiter du jugement rendu en faveur du débiteur principal. Elle fut déboutée en première instance et en appel, et le pourvoi qu'elle forma ensuite fut rejeté : « S'il résulte du jugement de 1897 que l'action du créancier contre le débiteur principal était prescrite au moment où elle était exercée, cette prescription ne saurait libérer sa caution solidaire des condamnations définitives antérieurement prononcées contre elle, sans qu'elle ait pu ou voulu invoquer cette exception. » C'est bien ici le respect dû à l'autorité de la chose jugée qui détermine la Cour de cassation, et peut-être un peu aussi la renonciation présumée, un peu arbi-

(1) Req. rej., 25 novembre 1903, Bonichon, S. 06.1.345 et la note.

trairement, de la caution à invoquer l'exception résultant du jugement favorable au débiteur principal. L'idée de représentation imparfaite aurait voulu, au contraire, qu'on fit profiter la caution de ce jugement : elle se trouve arrêtée ici par le même obstacle qu'en 1893.

En sens inverse, un autre arrêt (1) admet la caution solidaire, qui s'est engagée par un acte séparé, à invoquer le bénéfice de la prescription quinquennale qui appartient au débiteur principal, engagé sous la loi du change. La Cour de cassation se contente, pour décider ainsi, de dire que l'arrêt de la Cour d'appel constate en fait que la caution solidaire avait entendu se soumettre « qu'aux actions pouvant dériver des billets à ordre créés ou à créer ».

On ne trouve pas non plus, pendant cette période d'arrêt de Cour d'appel qui admette nettement la représentation imparfaite ; un arrêt de Paris du 3 avril 1900 (2), qui déclare qu'« il n'est pas permis à l'un des codébiteurs solidaires d'aggraver le sort de ses coobligés en arrêtant, sans leur assentiment, le chiffre de la dette à une somme excessive, » paraît plutôt se rattacher à la doctrine de Larombière déjà accueillie par l'arrêt d'Agen du 28 octobre 1891 ; il ne met pas en doute d'ailleurs l'existence du principe de représentation.

§ 3. — Conclusion de ce chapitre.

En résumé, l'idée de représentation, formulée par la jurisprudence au début du XIX^e siècle pour expliquer les effets de la solidarité, avait été abandonnée par elle pen-

(1) Req. rej., 2 août 1904, Charpentier, S. 05.1.185, et la note de M. Maurice Bernard.

(2) Paris, 3 avril 1900, Mannheim, D. 02.2.388.

dant une assez longue période : seuls quelques arrêts avaient continué à y faire allusion. Mais au fond si l'idée n'était pas exprimée, elle était comme latente dans la jurisprudence, qui continuait à appliquer des solutions qui ne pouvaient être justifiées que par elle : d'autre part, elle s'était conservée dans la doctrine, dont la majorité l'accueillait avec faveur. Aussi reparait-elle en 1873 dans la jurisprudence de la Chambre civile, et s'y est-elle constamment maintenue depuis. L'idée de représentation imparfaite a eu un succès moins durable : après avoir été affirmée avec éclat dans un arrêt célèbre, elle a peu à peu perdu du terrain, à la suite des critiques que l'éclat même de son triomphe avait rendu plus vives. Elle n'apparaît plus dans les arrêts de la Chambre civile, et la Chambre des requêtes ne l'a jamais accueillie. Cette tentative de consécration d'une théorie doctrinale a été, somme toute, peu heureuse, et, dans la solidarité tout du moins, l'on peut dire que l'idée est aujourd'hui sur son déclin.

CHAPITRE IV

DE L'INDIVISIBILITÉ.

Ce n'est pas sans quelque étonnement qu'on rencontre la théorie de la représentation à propos de l'indivisibilité. Rien ne paraît en effet plus opposé à la nature de l'indivisibilité que le principe de représentation. L'indivisibilité est le résultat d'une impossibilité matérielle ou conventionnelle de division de l'obligation, soit que la chose qui fait l'objet de l'obligation ne se prête pas à être prestée partiellement, soit que les parties aient voulu que la prestation, qui de sa nature pouvait être partielle, fût toujours intégrale. La représentation, au contraire, est une institution fondée sur la volonté des parties, et qui a pour but de permettre à une personne de contracter ou d'ester en justice par l'intermédiaire d'autrui. Quel rapport peut-on prétendre établir entre deux choses, au premier aspect si différentes ?

Et cependant, le rapprochement s'explique, si l'on tient compte des effets secondaires produits par l'indivisibilité, et des effets de la représentation. L'indivisibilité s'oppose à ce que la prestation, qui fait l'objet de l'obligation, puisse être accomplie pour partie. Elle suppose nécessairement la pluralité de sujets actifs ou passifs de l'obligation, la pluralité de créanciers ou de débiteurs. Or, à moins que les créanciers indivisibles n'aient reçu tous ensemble, que les débiteurs indivisibles n'aient fourni

tous à la fois le paiement de la dette qui doit être total, le paiement fait à l'un des créanciers ou par l'un des débiteurs doit entraîner un règlement de compte entre tous les intéressés. Chacun de ceux-ci doit dès lors se préoccuper des conditions, plus ou moins avantageuses, dans lesquelles le paiement a été fait ; il est amené à se demander quelle répercussion aura à son égard l'attitude prise par celui ou ceux de ses consorts qui ont figuré à l'opération. D'autre part, le paiement n'est pas le seul acte auquel donne lieu l'existence d'une obligation : avant d'arriver au moment où il sera effectué, bien des accidents peuvent se produire : le montant de l'obligation, ou l'existence des modalités qui l'affectent, peuvent être contestés ; la prescription peut être opposée, etc. Toutes ces questions peuvent faire l'objet d'une action en justice, d'un jugement, d'un appel, d'un pourvoi en cassation, d'une opposition ou d'une tierce opposition ; une demande en péremption d'instance peut être formée. Dans toutes ces hypothèses, il peut arriver que l'un des créanciers ou des débiteurs indivisibles, ne figure pas, pour une raison quelconque, à l'un des actes accomplis par ou contre l'un de ses consorts, et qui affectent l'existence ou le taux de l'obligation : la question de savoir quel sera l'effet de l'acte du consort qui y figure présente pour lui un grand intérêt.

Il s'agit de savoir si l'impossibilité d'exécution partielle de l'obligation ne doit pas apporter une dérogation au principe de la personnalité des effets de l'acte juridique, et si, faute de pouvoir sans cela donner effet à l'acte accompli par l'un des consorts, on ne va pas en étendre les effets à tous. Si l'on admet une telle solution, les effets de l'indivisibilité ne différeront guère de ceux de la représentation : cela ne veut pas dire que les deux institutions soient iden-

tiques, bien au contraire ; mais cela permet de comprendre pourquoi le mot de représentation est quelquefois employé pour définir la situation qu'occupent, les uns par rapport aux autres, les coobligés indivisibles.

L'emploi de l'idée de représentation pour expliquer les effets de l'indivisibilité a aussi sa source dans une confusion, qui a longtemps existé et qui existe peut-être encore dans certains esprits, entre la solidarité et l'indivisibilité.

Pour Toullier, par exemple, qui reprend ici la doctrine de Pothier (1), l'article 1221, alinéa 5, établit en fait la solidarité entre les débiteurs indivisibles : aussi la chose jugée contre l'un l'est-elle contre les autres (2). On trouve dans la jurisprudence d'innombrables exemples de cette confusion. Elle est d'ailleurs ancienne, et il n'est pas sûr que Dumoulin lui-même s'en soit gardé. L'emploi par lui de l'expression *in solidum* pour désigner dans certains cas les effets de l'obligation indivisible, paraît ne pas y être demeurée étrangère.

Seulement, de ce qu'on a essayé d'introduire l'idée de représentation dans l'indivisibilité, il ne s'ensuit pas que l'idée de représentation imparfaite puisse y trouver sa place. Si on déroge, en effet, dans cette matière, au principe de relativité, c'est parce qu'on ne peut pas, en raison d'une impossibilité matérielle, statuer différemment à l'égard de chacun des coobligés. Et s'il en est ainsi, comment s'expliquerait-on que, lorsque l'un d'eux, par exemple, succombe dans un procès, sa défaite doive rester

(1) Pothier,

(2) Toullier, X, 206.

étrangère à ses consorts, tandis que, s'il gagne, sa victoire devra leur profiter ? L'indivisibilité ne semble s'accorder qu'avec des solutions tranchées : dans aucun cas, l'acte accompli par un seul des coobligés, n'aura d'effet, pas même à son égard : ou, dans tous les cas, l'acte fait par l'un aura effet au regard de tous. La théorie de la représentation imparfaite a été cependant soutenue, ainsi que nous allons le voir.

D'après ce que nous avons dit plus haut, la question de représentation se pose, dans l'indivisibilité, à propos des actes qui, touchant à l'exécution de l'obligation, peuvent entraîner des conséquences à l'égard des codébiteurs qui n'y ont pas figuré. La jurisprudence nous présente à ce sujet cinq groupes principaux d'hypothèses :

1° Quel est, à l'égard de tous les codébiteurs indivisibles, l'effet de la chose jugée contre l'un d'eux ?

2° Quel est, à l'égard de tous, l'effet des voies de recours employées par l'un d'eux ? Quel est l'effet des déchéances de procédure qui s'y rattachent ?

3° Quel est, à l'égard de tous, l'effet de la péremption d'instance demandée par l'un d'eux ? A quelles conditions sa recevabilité est-elle soumise ?

4° Quel est, à l'égard de tous, l'effet des exceptions qui peuvent être invoquées par l'un d'eux ?

5° Quel est, à l'égard de tous, l'effet de l'interruption de prescription faite par ou contre l'un d'eux ?

Telles sont les principales questions que la jurisprudence a examinées : il en est d'autres, sans doute, qui se rattachent à l'indivisibilité, mais nous devons nous borner à l'étude de celles qui intéressent notre sujet.

§ 1. — Effet de la chose jugée.

Les arrêts portant sur les effets de la chose jugée en matière d'indivisibilité sont relativement peu nombreux. Encore sont-ils rendus, pour la plus grande part, dans des hypothèses où la solidarité se mêle à l'indivisibilité. Aussi en avons-nous déjà rencontrés beaucoup dans le chapitre précédent. Nous citerons comme exemple les arrêts Constant (1) et Desgorces (2). Le premier se prononce nettement en faveur du principe de la relativité de la chose jugée, malgré l'indivisibilité de la matière. Le second, au contraire, paraît dire qu'au cas d'indivisibilité, un seul des débiteurs pourrait être considéré comme le représentant de tous ; mais il n'émet cette affirmation que d'une manière incidente, et dans une hypothèse où il s'agit de débiteurs solidaires ; on n'en peut donc tirer un parti sérieux.

Les auteurs se prononcent en général dans le sens de l'arrêt Constant. Le jugement rendu contre un des débiteurs ou des créanciers indivisibles n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres (3). Toullier et Larombière sont à peu près les seuls à faire exception (4).

(1) Civ. cass., 15 janvier 1839, Constant, S. 39.1.97, précité.

(2) Limoges, 19 décembre 1842, Desgorces, S. 43.2.495, précité.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 328 bis, XXVI et XXXVIII ; Laurent, XX, n. 120-122 ; Tissier, *Tierce-opposition*, n. 120, 121 et 125 ; Lacoste, n. 640-647 ; Bonnier et Larnaude, n. 888, p. 727-728.

(4) Toullier, X. 206 ; Larombière, art. 1225, n. 12-17 : « Les débiteurs indivisibles sont censés représentés dans les jugements rendus avec l'un d'eux, favorables ou non. » Mais de même que les débiteurs solidaires, ils ne se représentent pas quand il y a fraude ou collusion, ou quand il s'agit d'un acte de renonciation, de reconnaissance, ou d'acquiescement, auquel leur mandat ne s'étend pas, car il ne leur

Un petit nombre d'auteurs seulement font une distinction entre les jugements et admettent ici la représentation imparfaite (1) ; les débiteurs indivisibles se représentent, si le jugement rendu leur est favorable ; ils ne se représentent plus au cas contraire.

§ 2. — Effet des voies de recours et des déchéances
ou nullités de procédure qui s'y rattachent.

La grande majorité des arrêts de cette catégorie sont rendus à propos de l'appel ; d'autres, moins nombreux, à propos du pourvoi en cassation ; d'autres enfin, à propos de la tierce opposition.

1° Appel.

L'appel peut être considéré comme un acte favorable pour les débiteurs quand il est formé par l'un d'eux, et comme un acte défavorable quand il est formé contre l'un d'eux. Dans le premier cas, en effet, il remet en question la décision rendue, qui est forcément désavantageuse, sans quoi l'on n'appellerait pas ; dans le second, il com-

est donné « que pour améliorer, non pour empirer la situation de leurs consorts ».

(1) Aubry et Rau, VIII, n. 769 texte et n. 53 et 54. — Pour Aubry et Rau, les raisons qui leur ont fait admettre la représentation imparfaite des codébiteurs solidaires s'appliquent *a fortiori* aux coobligés indivisibles, dont l'obligation, à la différence de celle des débiteurs solidaires, ne porte que sur une part distincte de la dette. Lacoste, tout en refusant d'admettre ici une exception au principe de relativité de la chose jugée, reconnaît qu'en fait on arrivera aux mêmes résultats que s'il y avait représentation imparfaite, dans le cas où le créancier ne pourrait exercer son droit sans porter atteinte au jugement rendu au profit d'un des débiteurs (*loc. cit.*, n. 643-644).

promet le bénéfice que les débiteurs pouvaient prétendre retirer du jugement.

Par conséquent, les déchéances que fait encourir l'expiration des délais, les nullités dont l'acte d'appel peut être entaché, sont des circonstances défavorables aux débiteurs, si elles les atteignent; des conséquences favorables, au contraire, si elles atteignent le créancier.

Dans ces conditions, l'application de la théorie de la représentation imparfaite donnerait les résultats suivants :

1° L'appel est formé par l'un des débiteurs, sans le concours des autres : il leur profite cependant, en ce sens d'abord qu'ils pourront réclamer le bénéfice de l'arrêt de réformation qui serait rendu, et en ce sens aussi qu'ils peuvent y adhérer, sans qu'on leur oppose la forclusion qu'entraîne l'expiration des délais d'appel.

De même, si l'appel est formé par tous, mais que l'acte d'appel de certains des débiteurs soit entaché de quelque irrégularité, la régularité de l'appel des uns couvre la déchéance résultant pour les autres de l'irrégularité commise.

2° L'appel est formé par le créancier contre l'un des débiteurs : en vertu de l'idée fondamentale de la représentation imparfaite, il ne pourra nuire aux autres, qui devront tous être mis en cause. Mais l'appel, interjeté contre tous, est-il atteint de quelque irrégularité à l'égard d'un seul ? Les autres pourront se prévaloir de la déchéance encourue, bien que l'appel soit régulier à leur égard.

Telles seraient, poussés jusqu'à leurs dernières conséquences, qui à la vérité seraient difficilement admissibles, les résultats de l'application du système de la représentation imparfaite : il nous reste à examiner si la jurisprudence les a consacrés, en tout ou en partie.

A. *Arrêts dont les décisions sont défavorables aux coobligés.* — Un assez grand nombre d'arrêts, qui sont d'ailleurs presque tous des arrêts de Cour d'appel, admettent des solutions défavorables aux débiteurs. Deux idées principales s'en dégagent :

1° L'appel interjeté par le créancier contre un des débiteurs produit effet contre tous.

2° La régularité de l'appel contre un seul des intimés relève le créancier de la déchéance qu'il a encourue à l'égard des autres.

Le premier de ces principes est posé par la Cour de Bordeaux dès 1829 (1) : la Cour rappelle qu'il est de principe que, lorsqu'il s'agit d'une obligation indivisible, l'appel interjeté par un des obligés doit profiter à ses coobligés : elle en déduit, « par la raison des contraires » que l'appel interjeté contre l'un des coobligés doit profiter à l'appelant contre tous les autres, « qui ne peuvent se dispenser de courir les chances de cet appel » ; solution qu'elle fonde d'ailleurs sur les articles 1222-1224 et 2249 du Code civil.

La signification de l'appel à un seul des obligés a donc pour effet de les mettre tous en cause : c'est une décision qu'on pourrait justifier par l'idée de représentation parfaite : la Cour se contente d'invoquer l'impossibilité d'exécution partielle de l'arrêt à intervenir.

Le second de ces principes est consacré par la Cour de cassation en 1835 (2), par la simple affirmation qu'« en ma-

(1) Bordeaux, 4 avril 1829, *Sentex*. — Nous ne retiendrons pas les arrêts antérieurs de Bourges, 23 prairial an XIII, et 16 août 1809, bien qu'ils décident que l'appel dirigé contre une partie vaut contre toutes, car ils ne sont pas rendus en vertu des rapports qui unissent les débiteurs indivisibles, mais entre des débiteurs divisibles et en vertu de la prétendue indivisibilité des jugements.

(2) Civ. cass., 20 juillet 1835, Fournier (délib. en ch. du cons.),

tière indivisible, l'appel interjeté en temps utile vis-à-vis de trois parties a conservé le droit vis-à-vis de toutes les parties ». Son admission rencontra peu de résistance : aussi les arrêts qui le consacrent s'abstiennent-ils de le justifier : il leur suffit d'en rappeler l'existence.

Un arrêt cependant se distingue des autres (1) : ayant à choisir entre deux solutions, également admissibles d'après la doctrine courante, il donne de sa décision un motif remarquable : « La matière étant indivisible, dit-il, le litige n'est susceptible que d'une solution à l'égard des trois défendeurs ; mais les conséquences de l'indivisibilité doivent, dans leur application, s'interpréter plutôt dans le sens qui maintient et vivifie les droits des parties que dans celui qui tendrait à les anéantir sans examen. » Il est impossible de dire que cette solution procède de la faveur accordée à une catégorie de personnes déterminée : la Cour de cassation marque seulement ici qu'elle répugne à prononcer une déchéance qui n'est pas établie formellement par la loi : et dans l'espèce, sa décision est défavorable aux coobligés indivisibles.

Deux arrêts seulement, tous deux de la Cour de Dijon (2),

S. 35.1.881. En ce sens : Civ. cass., 12 juin 1872, Raynal, S. 72.1.228 ; Req. rej., 8 mars 1875, Joureau et Bezingue, S. 75.1.171 ; Caen, 26 juin 1837, Beaumont, S. 38.2.20 ; Paris, 9 février 1846, Benoît, S. 49.2.101 ; Dijon, 23 décembre 1868, Lebon, S. 70.2.16 ; Dijon, 3 mai 1871, S. 71.2.239 ; Montpellier, 8 décembre 1871, Compagnie d'Orléans, S. 72.2.148 ; Paris, 24 avril 1874, Célarié, S. 75.2.49 ; Nîmes, 7 mai 1879, Rateau et consorts, D. 79.2.133 ; Paris, 30 janvier 1908, d. Walewska, *Rec. Gaz. Trib.*, I, 1908.2. 383.

(1) Civ. cass., 12 juin 1872, Raynal, S. 72.1.228. — On peut citer aussi comme manifestation de la même tendance un arrêt de Nîmes du 2 août 1859 sous Cass., 29 avril 1862, S. 62.1.701.

(2) Dijon, 23 décembre 1868, Lebon, précité et 3 mai 1871, Contrib. indir., précité.

font de l'idée de représentation le fondement de leur décision : encore paraissent-ils dire surtout que tout se passe comme si les coobligés étaient mandataires les uns des autres (1) Et en tout cas, c'est un mandat parfait qu'ils ont en vue.

B. *Arrêts dont les décisions sont favorables aux coobligés.*

— Ces arrêts, en matière d'appel, sont très nombreux, aussi bien ceux qui émanent de la Cour de cassation que ceux qui émanent des Cours d'appel. Quatre affirmations principales peuvent en être dégagées :

1° L'appel interjeté par l'un des débiteurs profite aux autres.

2° L'appel interjeté contre l'un des débiteurs n'a pas d'effet contre les autres.

3° La régularité de l'appel de l'un relève les autres de la déchéance qu'ils auraient encourue.

4° Enfin les moyens qui peuvent être proposés par l'un pour faire repousser l'appel du créancier, profitent aux autres.

Le premier de ces principes est généralement admis. On le trouve déjà formulé en termes exprès dans un arrêt de Metz du 29 mai 1812 (2) : mais il faut en préciser la portée. Comme nous l'avons indiqué plus haut, il signifie à la fois que le débiteur qui n'a pas appelé peut invoquer le béné-

(1) Arrêt Lebon : « En cas d'indivisibilité, il est de jurisprudence que la nullité de l'exploit d'appel signifié à l'une des parties est sans effet et ne peut lui profiter si l'appel a été valablement formé contre une autre partie qui se trouvait également en cause, celle-ci pouvant, à raison de l'indivisibilité de la matière, être considérée comme mandataire de ses cointéressés... » Arrêt de 1871 : « Les mineurs, que leur mère a toujours représentés dans l'instance, et dont à raison de l'indivisibilité de la matière, elle est considérée comme mandataire... »

(2) Metz, 29 mai 1812, Morin.

fice de la chose jugée sur l'appel de son coobligé (1), — et que, s'il lui plaît d'intervenir dans l'instance en adhérant à l'appel de son consort, ni la déchéance résultant de l'expiration des délais, ni même la fin de non-recevoir résultant de l'acquiescement par lui donné au jugement, ne lui seront opposables.

C'est au principe entendu dans son premier sens que se rapporte l'arrêt de 1812 : c'est à lui également que se rapportent les arrêts beaucoup plus récents rendus par la Cour de cassation en 1892 et 1894 (2), qui restent tous d'ailleurs étrangers à l'idée de représentation. S'ils décident en faveur des débiteurs, ce n'est pas non plus par un effet de la tendance qui inspire la doctrine de la représentation imparfaite : à la lecture de leurs motifs il apparaît qu'ils décideraient de même, si leur décision devait porter préjudice aux coobligés.

Les arrêts qui se rattachent au principe entendu dans son deuxième sens sont beaucoup plus nombreux : l'un des premiers est l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 1825 (3) ; il a été suivi de beaucoup d'autres, les uns relevant les débiteurs de la déchéance encourue par l'expiration des délais (4), les autres leur permettant d'adhé-

(1) C'est là en réalité une question de chose jugée, et à ce titre nous aurions pu en traiter dans notre paragraphe 1^{er} : mais nous avons pensé qu'il y aurait inconvénient à scinder ainsi l'étude des effets de l'appel, étant donné surtout que la jurisprudence ne paraît pas séparer les deux acceptions du principe.

(2) Civ. cass., 14 novembre 1892, Clermont et Fouet, S. 93.1.85 (motifs) ; Civ. rej., 27 juin 1894, D. Crouan et Vve Soubiron, S. 95.1.400. — *Adde* : Besançon, 6 juillet 1898, Seltensperger, S. 00.2.110.

(3) Req. rej., 30 mars 1825, Mollin.

(4) Cass., 30 mars 1825, précité ; Req. rej., 13 juillet 1830, Dasque, S. 31.1.54 ; Civ. rej., 30 août 1852, de Correc, S. 52.1.807 ; Civ. cass., 31 décembre 1855, Martin, S. 56.1.209 ; Req. rej. (motifs),

rer à l'appel de leur consort malgré l'acquiescement, donné par eux au jugement (1). Aucun d'entre eux, si ce n'est l'arrêt de cassation du 31 décembre 1855, que nous avons déjà rencontré dans un précédent chapitre, ne parle de représentation, et celui-là même n'est pas très concluant, puisqu'il s'agissait d'une matière à la fois solidaire et indivisible.

2° Le second principe n'est admis que par un arrêt isolé, le seul qui paraisse se rapprocher de la tendance favorable à la représentation imparfaite : c'est un arrêt de Poitiers du 15 décembre 1831, qui déclare non recevable l'appel interjeté contre une partie des coobligés indivisibles (2). Il admet bien que l'appel interjeté par l'un d'entre eux, puisse quelquefois profiter aux autres : « mais il n'en est pas ainsi, dit-il, au préjudice de celles des parties instantiées ayant un intérêt contraire et contre lesquelles l'appel n'a pas été interjeté ». Il en déduit que l'appel interjeté contre deux des intéressés seulement n'est pas recevable.

Cette décision est remarquable, et on doit regretter qu'elle ne soit appuyée d'aucun motif : on doit regretter plus encore que la Chambre civile, en cassant l'arrêt après

10 avril 1866, Petit, S. 66.1.140 ; Civ. cass., 14 août 1866, commune de St-Sauveur de Peyre, S.67.1.171 ; Req. rej., 11 mars 1867, Lemaire, S. 67.2.300 ; Req. rej., 29 juin 1868, Loup, S. 68.1.408 ; Req. rej., 9 novembre 1892, Assurances générales, S. 95.1.399 ; Bastia, 14 avril 1856, Sambroni, S. 56.2.134 ; Angers, 28 janvier 1863, communauté de la Salle de Vihiers, S. 63.2.250 et 11 mai 1876, Ricordeau, S. 77.2.245 ; Limoges, 5 juin 1899, Teyssèdre et Jouhand, S. 01.2.113, D. 03.2.41 ; Bordeaux, 14 janvier 1908, Condaminas, S. 08.2.190.

(1) Civ. rej., 7 mars 1854, Huet, S. 56.2.221 ; Civ. cass., 4 février 1895, consorts Etienne, S. 95.1.401 et la note de M. Tissier ; Alger, 24 juin 1870, Cabanillas, S. 71.2.213.

(2) Sous Civ. cass., 20 juillet 1835, Fournier, S. 35.1.881, précité.

délibération en chambre du conseil, ait évité d'examiner la question que la Cour de Poitiers posait si nettement et n'ait porté contre elle qu'une condamnation implicite. Il semble bien en effet que la Cour de Poitiers avait aperçu l'idée de représentation imparfaite : elle avait même vu le rapprochement qu'on peut faire sur ce point entre la solidarité et l'indivisibilité (1). De tous les arrêts rendus en matière indivisible, c'est le seul où nous ayons rencontré l'idée que nous cherchons.

Mais cette idée n'apparaît pas ici sous la forme du mandat : la Cour de Poitiers ne fait pas appel à l'idée de représentation. Ce qui paraît la déterminer surtout, c'est que les intimés ont « le même intérêt et des moyens de défense communs ». Nous avons déjà rencontré cette formule en matière de solidarité, et il est intéressant de rapprocher à ce point de vue l'arrêt Fournier des arrêts de Turin des 28 février 1810 et 9 mars 1811 (2). Ils ont la même doctrine et emploient la même formule : seulement, tandis que l'idée émise par eux s'est développée dans la théorie de la solidarité, elle n'a pas eu, dans la théorie de l'indivisibilité, la même fortune, sans qu'on en aperçoive nettement les raisons. En 1846, la Cour de Paris l'a condamnée implicitement, en refusant de faire droit aux conclusions d'un intimé qui reprenait à son compte la doctrine de la Cour de Poitiers (3) ; et depuis, nous n'en avons plus trouvé de trace.

(1) « En matière indivisible, comme en matière où figurent, soit des copropriétaires, soit des codébiteurs solidaires ayant tous le même intérêt et des moyens de défense communs... » Ce serait donc un principe général, commun à la solidarité, à l'indivisibilité et à l'indivision.

(2) Paris, 9 février 1846, S. 49.2.101, précité.

(3) V. plus haut, p. 58.

3° Le troisième principe est admis d'une manière aussi générale que le premier (1), dont il n'est à vrai dire que la conséquence. De même que pour celui-ci nous ne trouvons aucune mention de l'idée de représentation, ni de celle de représentation imparfaite : les arrêts sont très sobres de motifs, et, pour la plupart, se contentent de dire que ce principe est de jurisprudence constante.

4° Les moyens qui peuvent être proposés par l'un des coobligés indivisibles pour faire repousser l'appel dirigé contre eux profitent à tous, ce qui entraîne deux conséquences :

a) Toutes les parties bénéficient de la cause de nullité de l'appel qui peut être invoquée par l'une d'elles : ainsi, l'appel régulier à l'égard de tous les intimés, à l'exception d'une femme mariée auquel il a été signifié sous son nom de fille, n'est pas recevable (2).

b) Toutes les parties bénéficient de la signification du jugement faite par l'une d'elles, et les délais d'appel commencent à courir à partir de la date de celle-ci (3). La Cour d'Alger en donne pour motif que, à raison de l'indivisibilité de la matière, « l'acte signifié à l'une des parties est censé signifié à l'autre, et l'acte fait par l'une a la même valeur que s'il était fait par les deux ». C'est une formule qui se rapproche singulièrement de celle de la représentation, car elle en définit les effets : le mot seul y manque.

(1) Req. rej., 22 janvier 1868, Ricca, S. 68.1.209 ; Civ. cass., 16 décembre 1879, Jossierand, S. 80.1.254 ; Civ. rej., 18 juin 1895, Comtat, S. 99.1.433 ; Req. rej., 15 avril 1902, Soc. des Grands Bazars, S. 02.1.316 ; Alger, 23 octobre 1868, Rey, S. 69.1.140 ; Pau, 24 juillet 1878, Ferran, S. 78.2.282 ; Poitiers, 24 décembre 1888, Auzanneau, S. 89.2.163.

(2) Civ. cass., 29 avril 1862, Hérit. Daudé, S. 62.1.701.

(3) Alger, 29 décembre 1882, Martel, S. 84.2.35 ; Req. rej., 13 janvier 1886, Ployer, S. 86.1.199.

Les effets de l'indivisibilité s'étendent-ils plus loin, et vont-ils jusqu'à créer une fin de non-recevoir au profit des parties intimées à l'exclusion de leurs consorts ? La Cour de cassation refuse de l'admettre (1) : il ne faut donc plus tenir compte des arrêts anciens de Cours d'appel qui avaient statué en sens contraire (2).

2° Pourvoi en cassation.

De même que l'appel, le pourvoi en cassation peut être considéré comme favorable aux codébiteurs indivisibles, quand il est formé par l'un d'eux et a pour objet la cassation d'une décision rendue à leur préjudice ; il leur est, au contraire, défavorable, quand il est formé par le créancier et a pour objet la cassation de la décision rendue en leur faveur. Il en est de même, et d'après les mêmes distinctions, pour les irrégularités dont peut être entaché le pourvoi, et pour les déchéances qui peuvent atteindre le demandeur en cassation.

De même, également que pour l'appel, la théorie de la représentation imparfaite ferait décider, dans les cas où le pourvoi est avantageux aux coobligés, que tous sont admis à en profiter, et que la régularité du pourvoi d'un seul relève les autres de la déchéance encourue par eux ; et, dans les cas où le pourvoi est désavantageux pour les coobligés, que le pourvoi dirigé contre un seul est sans effet contre les autres, et que l'irrégularité du pourvoi à l'égard d'un seul profite aux autres.

On voit l'analogie que présente cette matière avec celle

(1) Civ. cass., 7 juin 1887, Amar ben Youssef, S. 90.1.374.

(2) Toulouse, 5 février 1842, Estrampe, P. 42.2.97 ; Rennes, 19 juillet 45, Maillu, P. 1845.2.517, tous deux rendus en matière de partage. — *Adde* : Alger, 9 juillet 1884, cassé le 7 juin 1887.

de l'appel : l'analogie des situations a-t-elle déterminé l'analogie des solutions ? C'est ce que nous allons examiner.

Les arrêts rendus sur cette question sont en petit nombre : ils semblent prouver cependant que la Cour de cassation adopte, à l'égard du pourvoi formé en matière indivisible la même attitude qu'à l'égard de l'appel. Elle n'invoque jamais l'idée de représentation, et ses décisions ne sont pas plus favorables aux coobligés indivisibles qu'à leurs adversaires : elle se prononce seulement dans le sens du maintien du droit des parties plutôt que dans celui de leur anéantissement ; elle admet ainsi deux catégories de solutions qui, bien qu'opposées en apparence, manifestent la même doctrine.

1° Le pourvoi en cassation régulièrement formé à l'égard de certains des coobligés et irrégulièrement à l'égard des autres, est cependant recevable à l'égard de tous (1).

2° A l'inverse, le pourvoi formé régulièrement par l'un des coobligés relève les autres de la déchéance qu'ils auraient encourue ou de la fin de non-recevoir qui leur serait opposable (2).

La Cour de cassation paraît admettre aussi, — ce qui est un peu contradictoire avec la première solution, — que la signification de l'arrêt faite par un coobligé indivisible pourrait profiter à son consort, et faire courir à son profit les délais du pourvoi (3). Mais comme cette déduction ne

(1) Civ. cass. (délib. en ch. du cons.), 11 avril 1853, de Tersac, S. 53.1.474 ; Civ. cass., 18 mai 1897, Lemarchand, S. 97.1.433 et la note de M. Lyon-Caen. — Cf. en matière de solidarité, Civ. rej., 17 janvier 1865, Jouven, S. 65.1.169.

(2) Civ. rej., 23 mai 1882, Durau, S. 84.1.413 (motifs) ; Civ. cass. (délib. en ch. du cons.), 24 juillet 1888, Tirouvingatapoullé, S. 90.1.401.

(3) Civ. cass., 13 juin 1853, Simon, S. 53.1.497 (motifs).

s'appuie que sur les motifs, et non sur le dispositif d'un arrêt, il ne faut pas lui donner une importance exagérée.

En somme, ici encore, c'est dans la mesure seulement où la Cour de cassation se prononce pour les solutions qui maintiennent le droit des parties plutôt que pour celles qui les anéantissent qu'elle tient compte du résultat de ses décisions.

3° *Opposition.*

On peut faire, au sujet de cette voie de recours, les mêmes remarques que pour les précédentes ; mais nous ne trouvons sur elle qu'un seul arrêt, touchant à la question qui nous occupe (1). Encore est-il fort ancien, et ne peut-il fournir qu'un argument *a contrario* : nous ne voulons donc pas en tirer de conclusions. Mais nous estimons que si la question de l'effet de l'opposition d'un des coobligés indivisibles à l'égard des autres se présentait en jurisprudence, tout porte à croire que les tribunaux la résoudraient dans le sens des solutions qu'ils ont données à propos de l'appel et du pourvoi en cassation (2).

4° *Tierce opposition.*

Cette voie de recours n'offre plus le même caractère que les précédentes ; au lieu d'être une voie de recours ordinaire, ouverte à tous, elle est une voie de recours extraordinaire, ouverte à quelques personnes seulement, et subordonnée à certaines conditions. Aussi comprend-on

(1) Limoges, 20 février 1810, Tétu ; cet arrêt, dont nous n'avons que le sommaire, décide que l'opposition formée en temps utile à un jugement par défaut par l'une des parties condamnées ne profite pas aux autres, si l'objet de la condamnation est divisible.

(2) Cf. Civ. cass., 13 juin 1876, Compagnie de l'Ouest et 5 avril 1876, Compagnie d'Orléans, D. 79.1.34.

surtout que la question de représentation se pose à propos de sa recevabilité ; puisqu'on ne peut faire tierce opposition qu'à la condition de ne pas avoir été représenté au jugement, la solution affirmative ou négative au sujet du bien-fondé de cette voie de recours, comportera l'examen de la question de représentation. Mais ce n'est pas sous cet aspect que la question se présente ici : il faut se demander seulement si la tierce opposition intentée par l'un des débiteurs profite à ses consorts (1).

Poser cette question paraît déjà singulier ; la tierce opposition est en effet une voie de recours qui présente au plus haut degré un caractère personnel ; elle n'est ouverte qu'à celui qui n'a pas été partie au jugement ou qui n'y a pas été représenté : comment pourrait-elle profiter à celui qui a figuré personnellement dans l'instance et perdu son procès ?

Aussi la jurisprudence pose-t-elle en principe que la tierce opposition n'a d'effet qu'à l'égard et au profit du tiers opposant, et que la décision primitive conserve toute sa force, et continue d'avoir l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties qui y ont figuré (2). Mais elle a été forcée d'admettre une exception à ce principe quand il y a « une indivisibilité absolue d'où résulterait l'impossibilité d'exécuter en même temps les deux décisions » (3). Il est naturel qu'on donne alors le pas à celle qui ne

(1) La question inverse : la tierce opposition formée par l'un des créanciers contre l'un des débiteurs nuit-elle aux autres ? peut aussi se poser, mais elle est si rare que nous n'avons trouvé aucun arrêt à son sujet.

(2) Civ. cass. (délib. en ch. du cons.), 5 décembre 1882, Tarbé des Sablons, S. 84.1.193 ; 23 janvier 1888, Hérenger, S. 88.1.119 ; Toulouse, 31 juillet 1884, Hérenger, *eod. loc.*

(3) Cass., 5 décembre 1882, précité.

porte pas préjudice au tiers opposant ; c'est encore une manifestation de la tendance consacrée par l'arrêt de cassation du 12 juin 1872, qui aime mieux maintenir les droits que les anéantir.

Cette exception a été admise de très bonne heure puisqu'un jugement du tribunal de cassation la consacre le 6 fructidor an X (1) ; un arrêt de Poitiers la formule nettement le 27 juillet 1808 : « dans les choses indivisibles, la tierce opposition formée par un cointéressé doit, si elle est admise, profiter à la partie condamnée par le jugement ainsi rétracté ». Depuis, la jurisprudence n'a plus trouvé l'occasion de la consacrer, mais plusieurs arrêts, dans leurs motifs, en affirment encore le maintien (2). Il n'est pas besoin de dire que ce n'est pas l'idée de représentation imparfaite qui la leur a fait admettre.

§ 3. — Effets de la péremption d'instance.

Le principe que la péremption d'instance ne saurait avoir d'effets partiels et présente par conséquent un caractère indivisible, bien qu'il ait été contesté (3), est admis en général par la jurisprudence (4). Ce principe entraîne

(1) Civ. rej., 6 fructidor an X, Darfeuil-Derff ; Poitiers, 27 juillet 1808, sous Civ. cass., 3 juillet 1810.

(2) Cass., 3 juillet 1810, 5 décembre 1882, 23 janvier 1888, précités ; Toulouse, 31 juillet 1884, précité.

(3) V. notamment Lyon, 31 janvier 1855, Gouillon, sous Cass., S. 56.1.877. — Cf. Garsonnet, VI, n. 2543, n. 7.

(4) Civ. cass., 8 février 1843, Rouveure, S. 43.1.415 ; Civ. rej., 4 mai 1853, Casale, S. 53.1.511 ; Civ. cass., 10 juin 1856, Gouillon, S. 56.1.877 ; Req. rej., 28 juin 1875, Favard, S. 76.1.158 ; Civ. cass., 24 mai 1879, Bureau, S. 81.1.347 ; Civ. cass., 18 octobre 1898, Chabrier, S. 98.1.512 ; Colmar, 20 décembre 1839 (délib. en ch. du cons.), Hér. Prost, S. 40.2.460 ; Riom, 8 juin 1853, Chasseigneux, S. 53.2.582.

certaines conséquences qui ne touchent à la représentation que d'assez loin : aussi les exposerons-nous très brièvement.

Certains arrêts — et ce sont ceux-là surtout qui nous intéressent — admettent que la demande en péremption d'instance, par cela même qu'elle présente un caractère indivisible, profite aux consorts de celui qui la demande « parce que l'instance ne forme qu'un même ensemble qui ne pourrait être divisé sans détruire la marche d'une procédure » (1). Il suffit d'en lire les motifs pour apercevoir immédiatement que les difficultés matérielles ont seules déterminé les arrêts à étendre à tous le bénéfice des actes d'un seul.

D'autres, moins favorables, refusent au contraire de faire droit à la demande de péremption d'instance quand la péremption n'est pas acquise contre toutes les parties (2), et par voie de conséquence admettent que les fins de non-recevoir que l'une d'elles possède, profitent à toutes les autres (3).

D'autres enfin, plus soucieux du principe de la personnalité des effets de l'acte juridique, ne veulent pas accorder la péremption à moins que toutes les parties ne soient mises en cause (4), et ce sont peut-être les plus équitables.

Mais nous ne pouvons nous attarder à juger du mérite de ces décisions : il est impossible de trouver parmi elles

(1) Riom, 8 juin 1853, précité.

(2) Civ. rej., 8 juin 1813, Mahy ; Bastia, 2 février 1851, sous Cass., S. 53.1.511.

(3) Metz, 26 avril 1820, Salis-Saglio ; Riom, 26 juin 1820, Lambert ; Lyon, 29 novembre 1822, Chol et Savoie ; Toulouse, 1^{er} février 1867, Cordurier, S. 67.2 178.

(4) V. notamment : Riom, 22 juillet 1896, S. 97.2.62, cassé par Civ., 18 octobre 1898, précité.

la trace de l'idée de représentation, et surtout de l'idée de représentation imparfaite.

§ 4 — Effet des exceptions appartenant à l'un des coobligés.

En principe, les exceptions ne peuvent être invoquées que par les parties auxquelles elles appartiennent : ce principe est surtout absolu quand il s'agit d'une exception de nullité attaché à la qualité de la personne, comme celle que le mineur peut invoquer à raison de sa minorité. L'indivisibilité apporte cependant une dérogation à ce principe : c'est du moins ce qui résulte de deux arrêts de Cours d'appel et d'un arrêt de la Cour de cassation (1).

Ces décisions admettent qu'en matière indivisible, la nullité de l'acte ou de l'obligation à l'égard du mineur entraîne la nullité de l'acte ou de l'obligation à l'égard du majeur. Pour l'obligation indivisible, c'est, d'après la Cour de Besançon, l'effet d'une condition tacitement mise par le majeur à son engagement. Pour un acte indivisible, tel qu'un partage, c'est l'impossibilité matérielle du maintien de l'acte à l'égard de l'un et de l'annulation à l'égard de l'autre. La chose jugée sur l'exception personnelle qui appartient à l'une des parties profite donc aux autres, contrairement à ce qui se passe en matière de solidarité ; mais la représentation n'a rien à faire ici, et cette solution n'est que la conséquence de la nature particulière du litige.

(1) Besançon, 14 août 1845, *Kamerlet*, S. 47.2.303 ; Civ. cass., 5 décembre 1887, *Barrier*, S. 88.1.425, et la note de M. Meynial ; Aix, 11 juillet 1888, *Collas et Michel*, S. 89.2.113 et la note de M. Naquet.

§ 5. — Effets de l'interruption de prescription.

Le principe fondamental est posé en cette matière par un arrêt de la Cour de cassation (1) : « Si l'interruption de prescription n'opère pas d'une personne à une autre personne ayant même droit, il y a exception au cas d'indivisibilité. » La prescription est donc interrompue contre toutes les parties par les poursuites dirigées contre une seule (2) ; mais ici encore la représentation nous échappe, l'obstacle de fait qui s'oppose à la division de l'objet étant le seul motif de cette solution.

Il en est de même pour la décision qui permet à un propriétaire de profiter, par suite de l'identité et de l'indivisibilité de l'objet de l'action, de la date des poursuites faites par son fermier pour interrompre la prescription d'une servitude (3). Nous ne nous arrêterons donc pas davantage sur cette question.

En somme le résultat de notre enquête est négatif, la théorie de la représentation imparfaite n'a jamais été consacrée par la jurisprudence : la seule décision qui paraisse lui être favorable, — c'est l'arrêt de Poitiers du 15 décembre 1831, — ne la formule même pas nettement et ne fait qu'en approcher. En revanche, nous avons rencontré plusieurs fois l'affirmation de l'existence de la représentation parfaite. A la vérité, les arrêts favorables aux coobligés indivisibles sont beaucoup plus nombreux

(1) Civ. cass., 12 juillet 1869, Pagnon, S. 70.1.82.

(2) Cass., précité et Req. rej., 18 juin 1894, C. c. Binet, S. 96.1.273 et la note de M. Wahl.

(3) Civ. cass., 17 mai 1841 (délib. en ch. du cons.), de Galiffet, S. 41.1.594.

que les arrêts défavorables ; mais leurs décisions s'expliquent le plus souvent soit par l'impossibilité matérielle d'application de solutions différentes envers chacun des coobligés, soit par le souci louable de conserver plutôt que de détruire les droits acquis. Contrairement à ce qui s'est passé dans la théorie de la solidarité, la doctrine n'a pas été suivie par la jurisprudence.

CHAPITRE V

DES CRÉANCIERS.

SECTION I. — Représentation du créancier par le débiteur.

La théorie de la représentation imparfaite peut-elle être soutenue, en ce qui concerne l'effet des actes du débiteur à l'égard de ses créanciers ? Cela semble bien difficile à admettre. Ce qu'on appelle la représentation du créancier par le débiteur n'est pas en effet une véritable représentation. Le débiteur agit en son nom propre et pour son propre compte, et non pas au nom et pour le compte de ses créanciers ; les effets de l'acte accompli par lui se produisent directement dans son patrimoine, et ne se produisent que d'une manière indirecte dans le patrimoine du créancier. Au fond, il y a plutôt ici une *successio in locum* éventuelle, subordonnée à la réalisation du gage des créanciers ; ceux-ci subissent la conséquence des actes de leur débiteur parce que leur droit de gage, portant sur le patrimoine du débiteur, varie nécessairement avec celui-ci, s'accroît et diminue en même temps que lui.

Dans ces conditions, l'application de la théorie de la représentation imparfaite aurait pour effet de paralyser l'exercice des droits légitimes du débiteur, car on serait obligé de décider que les actes par lesquels il diminue son patrimoine ne peuvent être opposés à ses créanciers ; le

débiteur aurait alors beaucoup de peine à trouver quelqu'un qui consentit à traiter avec lui, et en fait, devrait renoncer à aliéner une partie quelconque de son patrimoine sans l'assentiment de ses créanciers ; situation intolérable qui suffit à montrer l'impossibilité d'appliquer le système.

Aussi ne faut-il pas s'étonner que, ni la jurisprudence, ni la doctrine n'aient soutenu celui-ci. On s'accorde cependant à exclure la représentation du créancier par le débiteur dans deux hypothèses : celle où le débiteur agit en fraude des droits de ses créanciers, et celle où le créancier possède un droit qui lui est propre. Dans la première, c'est la loi elle-même qui commande cette solution (1) ; dans la seconde, elle est imposée par les principes : le débiteur ne peut en effet remplacer le créancier dans l'exercice d'un droit qui n'appartient qu'à celui-ci. On discute seulement pour savoir quels sont les droits qui appartiennent à cette dernière catégorie : faut-il y ranger le droit particulier qui appartient au créancier hypothécaire ou privilégié, en vertu du privilège ou de l'hypothèque, dans l'hypothèse où le débat porte sur l'existence de la sûreté (2) ? Ou ne faut-il exclure la représentation que dans le cas où il

1) C. civ., art. 1167. — V. p. l'application : Req. rej., 15 juin 1843 (2 arrêts), Nivert, S. 43.1.467, et Doffémont, S. 43.1.471 ; Civ. rej., 15 mai 1850, Tison, S. 50.1.609 ; Civ. cass., 2 février 1852, Belleisle, S. 52.1.234 ; Req. rej., 4^{er} juillet 1857, Delsaux, S. 58.1.206 ; Civ. cass., 7 mai 1894, Roubier, S. 98.1.510 ; Req. rej., 4 février 1895, Duperron, S. 99.1.485 ; Nîmes, 14 avril 1812, Charcot ; Bordeaux, 29 mars 1887, Thibaut et Bernier, S. 99.2.153 (en sous-note).

(2) La Cour de cassation a varié sur ce point ; elle refusa d'abord de reconnaître l'hypothèque comme un droit personnel : Req. rej., 16 juin 1811, Siquroly ; Civ. cass., 21 août 1826, Brochart ; Req. rej., 26 mai 1841, Heurtaux, S. 41.1.749 ; puis adopta l'opinion contraire : Civ. rej., 28 août 1849, Jeanrond ; S. 50.1.49 ; revint à sa première juris-

s'agit de régler, au point de vue du rang et des causes de préférence, les droits respectifs des créanciers privilégiés et hypothécaires (1) ? On n'est pas d'accord sur ce point.

Nous n'avons pas à discuter la question : il nous suffit de constater que l'exclusion de la représentation dans ces deux cas n'est pas l'effet de la théorie de la représentation imparfaite.

SECTION II. — Représentation du débiteur par le créancier.

L'idée de représentation imparfaite se conçoit mieux en ce qui concerne l'application de l'article 1166. Le créancier exerce le droit du débiteur, au nom de celui-ci ; l'exercice de ce droit devra d'abord produire effet dans le patrimoine du débiteur, avant que le créancier puisse être admis à en profiter : il paraît donc naturel de le considérer comme le représentant du débiteur. Mais, d'autre part, il est bien dangereux d'admettre qu'il le représente d'une manière complète, car les droits du débiteur pourront être compromis sans son consentement. Ces arguments décident certains auteurs à se prononcer en faveur de la représentation imparfaite.

Le point de départ de cette théorie est cependant contesté. Si certains auteurs admettent que le créancier qui use du droit qui lui est conféré par l'article 1166 est le mandataire,

prudence : Civ. cass., 13 décembre 1864, Luce, S. 65.1.27 ; Req. rej., 15 juillet 1869, Ducros, S. 69.1.456.

(1) Req. rej., 3 août 1859, Carpentier, S. 59.1.801 ; Civ. rej., 10 mars 1868, Perrier, S. 68.1.221 ; 2 juillet 1879, Seyman, S. 80.1.311.

soit légal (1), soit judiciaire (2), de son débiteur, beaucoup d'autres rejettent cette idée, soit en disant que le créancier n'agit qu'en vertu d'un droit propre, et dans son intérêt personnel (3), soit même en admettant qu'il agit dans l'intérêt du débiteur, mais en dehors de toute idée de mandat (4). La jurisprudence est incertaine : un seul arrêt admet formellement l'idée de mandat (5) ; un autre se contente d'employer le terme de représentation dans l'acception vague qu'il revêt habituellement (6).

D'ailleurs, même parmi les partisans de la théorie du mandat, l'idée de représentation imparfaite compte des adversaires ; Colmet de Santerre notamment la rejette en termes exprès. Larombière, au contraire, — ce qui ne laisse pas de causer quelque étonnement, étant donné la doctrine qu'il soutient en matière de solidarité, — se prononce en sa faveur ; il décide que le débiteur peut invoquer les jugements rendus en faveur du créancier, mais que, comme celui-ci n'a pas qualité pour compromettre ses droits, le jugement rendu au préjudice du créancier ne peut être opposé au débiteur (7).

M. Lacoste, tout en rejetant l'idée de mandat, arrive en fait aux mêmes conclusions que Larombière ; il nous dit en effet (8) : « Quand le créancier gagne le procès, le débi-

(1) Larombière, II, art. 1166, n° 22, VII, art. 1351, n° 126.

(2) En vertu d'une subrogation aux droits du débiteur que le créancier devrait obtenir du tribunal avant d'agir ; Colmet de Santerre, V, n° 81 bis, V et VI.

(3) Labbé, *Rev. critique*, 1856, *Sur l'article 1166*, n° 27 ; Demolombe, XXV, n. 413, 427 et 433 ; Aubry et Rau, IV, § 312, texte et note 18.

(4) Laurent, XVI, n. 407-408 ; Lacoste, n. 653-657.

(5) Toulouse, 13 février 1864, Dransin-Bru, S. 64.2.92.

(6) Req. rej., 23 mai 1870, Broussu, S. 71.4.151.

(7) Art. 1351, n. 126 et art. 1166, n. 22.

(8) *Op. cit.*, n. 653-657.

teur peut se prévaloir du jugement obtenu. Le débiteur n'a pas été, cela est vrai, représenté dans le procès, mais c'est son droit qui a été exercé, et il a été exercé dans son intérêt. On prétend que les créanciers qui usent de l'article 1166 exercent le droit du débiteur dans leur propre intérêt ; c'est se faire une idée inexacte de leur situation ; ils agissent directement dans l'intérêt du débiteur pour faire entrer ou rentrer un bien dans son patrimoine ; seulement l'effet de l'action réagira sur eux puisqu'ils pourront ensuite saisir et faire vendre le bien devenu le patrimoine de tous les créanciers ; c'est de cette manière indirecte, et c'est simplement de cette manière qu'ils sont intéressés au succès de l'action exercée par eux. Et dès lors que le créancier qui use de l'article 1166 exerce un droit du débiteur dans l'intérêt de celui-ci, le jugement qui résulte de l'exercice de l'action profite nécessairement au débiteur... » Mais si le créancier a échoué dans son action, le jugement rendu contre lui ne sera pas opposable au débiteur parce que le créancier n'était pas son mandataire : « Or, l'idée de mandat écartée, il n'y a aucune raison juridique de décider que le jugement rendu contre le créancier pourra être invoqué contre le débiteur. »

Cette opinion nous paraît singulière, surtout de la part de M. Lacoste, qui est un des adversaires résolus de l'idée de représentation imparfaite : l'embarras qu'il éprouve à la justifier est d'ailleurs visible. Nous avouons ne pas comprendre comment l'acte accompli par le créancier peut avoir effet dans le patrimoine du débiteur, si on ne fait pas intervenir l'idée de représentation. On peut très bien concevoir en effet que l'action exercée par le créancier et qui a fait rentrer le bien dans le patrimoine du débiteur, ne profite qu'au créancier, qui pourra exercer son droit de

gage sur le bien recouvré, tandis qu'elle sera à l'égard du débiteur *res inter alios acta* : de sorte que le bien ne sera considéré comme rentré dans le patrimoine de celui-ci qu'au regard du créancier : il n'y a aucune impossibilité matérielle à cela. Si l'on adopte une autre solution, on abandonne par là même le principe de relativité, et, qu'on le veuille ou non, on se prononce pour l'idée de représentation.

L'argumentation de M. Lacoste se retourne d'ailleurs contre lui : il nous dit que le créancier exerce un droit du débiteur dans l'intérêt et évidemment au nom de celui-ci, et que l'effet de cet exercice se produit directement dans le patrimoine du débiteur ; mais n'est ce pas exactement ainsi que fonctionne la représentation, et toutes les conditions n'en sont-elles pas remplies ? Suffira-t-il donc d'éviter d'en prononcer le nom pour en nier l'existence ? En réalité, M. Lacoste se rallie à la théorie qu'il prétend combattre : il est assez piquant de voir un adversaire de la représentation imparfaite aboutir, avec un point de départ différent, aux mêmes conclusions que ses plus chauds partisans. C'est d'ailleurs la seule observation un peu intéressante que nous ayons à faire sur ce chapitre, la jurisprudence étant, ici encore, muette sur la question.

SECTION III. — De la représentation des créanciers entre eux.

C'est un problème assez délicat que de savoir si, — en dehors bien entendu de toute convention particulière, — et dans quelle mesure, il existe une représentation réciproque des créanciers d'un même débiteur. Le rapport

de représentation revêtirait ici difficilement la forme du mandat tacite : il serait peu vraisemblable de supposer que celui qui se rend le créancier d'une personne donne, par cela seul, mandat à tous les créanciers présents et à venir du débiteur d'agir pour son compte en même temps que pour le leur. Il s'agirait plutôt d'une gestion d'affaires. Chacun des créanciers, en agissant dans l'intérêt commun, se constituerait le *negotiorum gestor* de tous les autres, ou du moins de ceux qui appartiennent à la même catégorie que lui, sous la condition que sa gestion aura un résultat favorable pour les créanciers représentés.

Tel serait le système : voyons-en maintenant les conditions d'application.

Pour savoir dans quels cas les créanciers peuvent avoir l'occasion de se représenter, il faut faire une distinction entre les créanciers privilégiés ou hypothécaires, et les créanciers chirographaires. Le droit des premiers sur le patrimoine du débiteur n'est pas le même que le droit des seconds : ils ont souvent des intérêts opposés. Or la représentation que nous envisageons est une représentation de *consorts*, c'est-à-dire de personnes qui ont un intérêt commun à défendre, et qui possèdent les mêmes moyens de défense ; il faut donc faire des catégories parmi les créanciers.

Les créanciers privilégiés ou hypothécaires ayant des droits distincts et séparés, ne se représenteront que dans le cas où ils auront un intérêt commun à défendre contre des créanciers appartenant à une autre catégorie que la leur.

Les créanciers chirographaires se représenteront, non seulement dans cette hypothèse, mais encore dans celle où ils auront un droit commun à exercer contre le débiteur.

Enfin il y aura des cas où tous les créanciers, chirographaires ou non, auront un intérêt commun à se défendre contre les manœuvres du débiteur, ou contre les prétentions de créanciers nouveaux ou inconnus, et où ils pourront se représenter en tant que créanciers, abstraction faite de la qualité de leur créance.

Les cas de représentation des créanciers les uns par les autres se présenteront surtout dans certaines situations, où les créanciers réunis forment une collectivité représentée par un gérant, où des contestations se produisent au sujet de l'admission et de la validité des créances entre les créanciers déjà admis dans la masse et ceux qui veulent s'y faire admettre : nous voulons parler de la faillite et de la procédure d'ordre.

Ces préliminaires posés, nous pouvons en venir à l'étude même de notre sujet. L'importance que présentent les procédures de liquidation collective au point de vue spécial qui nous occupe nous oblige à diviser cette étude en deux paragraphes, le premier consacré à la représentation des créanciers entre eux en dehors des procédures collectives, le second à cette même représentation dans les cas de procédure collective.

§ 1. — Représentation des créanciers entre eux en dehors des cas de procédure collective.

Si l'on fait abstraction des hypothèses où les créanciers agissent en vertu d'un droit personnel dans l'exercice duquel ils ne peuvent évidemment représenter leurs co-créanciers ni être représentés par eux, les actes des créanciers à propos desquels la question de représentations peut se poser sont les actes accomplis contre le débiteur et les actes accomplis au nom du débiteur.

1. Actes accomplis contre le débiteur.

Il ne peut s'agir ici des actes à propos desquels nous avons vu jusqu'à présent discuter l'existence de la représentation : poursuites contre le débiteur, interruption de prescription faite contre lui, etc. Ce sont là en effet des actes accomplis dans l'intérêt exclusif de leur auteur. La question ne se pose qu'à propos de l'action paulienne.

L'exercice de l'action paulienne par un créancier profite-t-il aux autres ? Ou plutôt, car le droit des créanciers d'adhérer à l'action paulienne intentée par leur consort ne peut faire doute, la révocation de l'acte frauduleux prononcée à la demande d'un créancier peut-elle être invoquée par les autres ? C'est là un problème qui ne touche qu'accessoirement à notre sujet, car la révocation de l'acte frauduleux présentant toujours un caractère favorable pour les créanciers, on ne peut faire la distinction fondée sur le résultat qui est la caractéristique de la représentation imparfaite. Mais le caractère favorable de l'acte peut avoir de l'influence sur la solution à donner au problème, et celui-ci doit, à ce titre, nous arrêter un instant.

Quand un créancier fait révoquer l'acte frauduleusement accompli par le débiteur, il fait rentrer dans le patrimoine de celui-ci une valeur active, sur laquelle il va pouvoir exercer le droit de gage général de l'article 2093. Si l'on maintient le principe de la relativité de la chose jugée, il faudra, pour que les autres créanciers puissent profiter de la révocation obtenue par lui, qu'ils intentent à nouveau l'action paulienne, ensemble ou séparément, et qu'ils obtiennent un ou plusieurs jugements nouveaux de révocation. La multiplicité des procédures entraînera une augmentation de frais considérable et inutile : pourquoi

ne pas admettre dès lors que tous pourront profiter du jugement obtenu par le plus diligent d'entre eux ? quitte au besoin à le colloquer par privilège pour le montant de ses frais de poursuites, sur le prix des biens à distribuer aux créanciers qui en ont profité (1).

On peut atteindre ce résultat en supposant qu'il a représenté ceux-ci dans l'exercice de l'action paulienne ; il faudrait alors supposer un mandat tacite ou une gestion d'affaires, car aucun texte n'établit de représentation légale pour cette hypothèse ; mais ce serait peu vraisemblable ; le créancier poursuivant n'a pas intérêt à faire bénéficier les autres du résultat de son action.

Aussi a-t-on fait appel à d'autres idées : on a dit que l'action paulienne faisant rentrer un bien dans le patrimoine du débiteur, tous les créanciers puisent dans le droit de gage général que leur confère l'article 2093, la faculté de mettre la main sur lui (2). Mais ce raisonnement repose sur une pétition de principe : pour que le bien puisse être considéré comme faisant partie à nouveau du patrimoine du débiteur, il faut d'abord que le jugement de révocation ne soit pas *res inter alios acta* à l'égard de ceux des créanciers qui n'y ont pas figuré. La doctrine qui maintient le principe de relativité de la chose jugée paraît donc plus juridique (3). La jurisprudence semble du reste se prononcer en sa faveur (4).

(1) En ce sens, Bordeaux, 28 mai 1832, Sou, S. 32.2.626.

(2) Laurent, XVI, n. 488-490 ; Colmet de Santerre, V, n. 82 bis, XII-XIV ; Duranton, X, n. 574 ; Marcadé, art. 1167, n. 6.

(3) En ce sens, Aubry et Rau, IV, § 313, note 41 ; Demolombe, XXV, n. 263-268 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de dr. civ.*, II, n. 887.

(4) On peut citer en ce sens : Poitiers, 16 janvier 1862, sous Cass., 13 février 1865, Payen, S. 65.1.117 ; Req. rej., 28 août 1871, Menut, S. 78.1.316, et surtout Bordeaux, 2 juillet 1890, Jaulin, S. 91.2.9.

2° *Actes accomplis au nom du débiteur.*

Nous avons étudié précédemment la question de savoir si, dans l'exercice du droit que leur confère l'article 1166, les créanciers représentaient le débiteur ; il nous reste à nous demander si, dans la même hypothèse, ils se représentent entre eux, et dans quelle mesure.

La solution de cette question dépend de celle de la précédente ; on ne pourrait comprendre, en effet, que les créanciers pussent profiter de la chose jugée avec leur cocréancier et que le débiteur n'en pût invoquer le bénéfice ; car on n'a pas, pour l'en exclure, les mêmes raisons qu'en matière d'action paulienne. Et si l'on admet que le créancier agissant a représenté son débiteur, il n'est plus besoin alors de supposer qu'il a représenté ses cocréanciers ; car ceux-ci seront naturellement admis à exercer leurs droits sur le bien dont le patrimoine du débiteur se sera accru.

Aussi, ceux qui admettent que l'exercice du droit par un des créanciers profite aux autres, présentent cette déduction comme une conséquence de l'idée que cet exercice profite au débiteur (1). Les partisans du système de la subrogation judiciaire eux-mêmes ne considèrent pas celle-ci comme créant un droit privatif au profit du premier subrogé (2).

« La thèse qui prétend qu'en vertu du principe d'égalité de l'article 2093... le créancier qui intente l'action paulienne devient *ipso facto* le mandataire des autres créanciers, n'a aucune base juridique. » Le seul arrêt qu'on cite en sens contraire, Civ. cass., 12 avril 1836, Vve Courtois, S. 36.1.366, ne donne qu'une solution implicite, et plutôt en vertu de l'impossibilité d'exécution partielle qu'en vertu de l'idée de représentation.

(1) Laurent, XVI, n° 407-408 ; Larombière, II, art. 1166, n. 24 ; Garsonnet, I, p. 495 ; Huc, VII, n° 214.

(2) Aubry et Rau, IV, § 342, p. 122, texte et note 19. — V. cep. Colmet de Santerre, V, n° 82 bis, V.

Le même raisonnement est employé par la jurisprudence. C'est parce que le créancier agissant conformément à l'article 1166 « représente » son débiteur, que l'arrêt Homberg décide qu'il n'acquiert par ses poursuites « aucun droit de préférence sur les créanciers qui ont fait en temps utile des saisies-arrêts ou oppositions (1) ». A la vérité, un autre arrêt (2) paraît se fonder sur des principes différents, en décidant qu'« un créancier qui exerce les droits du débiteur commun agit dans l'intérêt de tous les créanciers, et n'acquiert pas des droits exclusifs de propriété ou de privilège sur les deniers formant leur gage. » Et le fait est d'autant plus remarquable qu'il s'agit d'arrêts rendus le même jour par la Chambre civile.

Les mêmes distinctions que plus haut pourraient être appliquées ici ; les cocréanciers pourraient profiter du jugement favorable sans que le jugement défavorable pût leur être opposé ; ce serait la conséquence du lien qui unit cette question à celle de la représentation du débiteur par le créancier ; pas plus que pour celle-ci, nous n'avons trouvé dans la jurisprudence d'élément pour la résoudre.

§ 2. — Représentation des créanciers entre eux dans les cas de procédure collective.

Les deux cas de procédure d'exécution collective que nous nous proposons d'étudier dans ce paragraphe sont la faillite et la procédure d'ordre. Bien qu'elles ne présentent pas toutes deux le même caractère, et notamment que le dessaisissement du débiteur, qui est l'effet le plus remarquable de la faillite, fasse défaut dans la procédure d'ordre, il y a cependant entre elles une certaine analogie,

(1) Civ. rej., 18 juillet 1838, Homberg, S. 38.1.603.

(2) Civ. rej., 18 juillet 1838, Ingrand, S. 38.1.607.

toutes deux mettant en présence non plus le débiteur et des créanciers isolés mais le débiteur et des créanciers formant une masse commune. Les questions qu'elles soulèvent sont donc en partie les mêmes, et c'est ce qui nous permet de les étudier en même temps.

I. — PROCÉDURE D'ORDRE.

La question de représentation imparfaite ne peut se poser *entre les créanciers* que de la manière suivante.

Il ne peut s'agir de l'hypothèse dans laquelle un des créanciers exerce un droit qui lui est propre ; il n'a alors ni l'intention ni le pouvoir de représenter les autres. Il faut qu'il exerce individuellement un droit commun soit à tous les créanciers, soit seulement aux créanciers d'une même catégorie, pour qu'on puisse se demander si cet exercice va produire un effet quelconque à l'égard des autres titulaires du droit. Trois solutions peuvent être admises, suivant qu'on décide qu'il n'a aucun effet envers les autres, ou qu'il a effet à leur profit aussi bien qu'à leur préjudice, ou enfin qu'il peut leur profiter mais non leur nuire.

Or les droits à propos desquels le débat peut s'ouvrir doivent être répartis en deux groupes : ceux qui, communs à tous les créanciers, sont dirigés contre les tiers, et ceux qui, appartenant à une catégorie spéciale de créanciers, sont dirigés contre les créanciers faisant partie d'autres catégories. Nous allons étudier séparément ces deux groupes.

1^o *Droits exercés contre les tiers.*

Nous les avons déjà rencontrés dans la section précédente : il s'agit de l'action oblique et de l'action paulienne.

Nous avons peu de chose à dire à leur sujet : il n'y a en effet aucune raison spéciale de régler l'effet de leur exercice d'une manière différente, suivant qu'ils sont exercés dans une procédure d'ordre ou en dehors d'elle. La réunion des créanciers ne forme pas en effet une masse assez compacte pour que le créancier agissant puisse être réputé agir pour le compte de celle-ci. Nous nous contentons donc de renvoyer aux explications données plus haut.

2° *Droits exercés contre une catégorie de créanciers déterminée.*

Cette question est plus délicate. Les créanciers inscrits sur un ordre sont nécessairement des créanciers privilégiés ou hypothécaires, possédant sur le patrimoine du débiteur des droits opposés : du rang dans lequel ils seront colloqués dépend pour eux le règlement de leur créance. Aussi chacun d'eux a-t-il intérêt à faire rejeter après lui les créanciers qui, dans l'état provisoire de collocation, occupent un rang antérieur au sien, en contestant, soit leur rang, soit l'existence de leur créance. Les contredits qui sont ainsi formés par l'un d'eux intéressent donc tous ceux qui viennent après lui ; la question se pose de savoir s'ils seront admis à en profiter.

Sont-ils admis d'abord à en profiter pour éviter la forclusion prononcée par l'article 756 du Code de procédure civile contre ceux qui n'ont pas formé de contredit en temps utile ?

Sur ce point la jurisprudence est à peu près d'accord pour admettre que ces derniers peuvent adhérer au contredit régulièrement formé par le créancier contestant, et intervenir dans l'instance (1) ; mais on discute encore pour savoir

(1) Douai, 4 janvier 1826, Grosdavillers ; Grenoble, 5 juin 1865

si, le créancier contestant ayant abandonné son contredit ou s'en étant désisté, le contredit peut être repris par un créancier non contredisant. L'affirmative a été adoptée par deux arrêts de cours d'appel, déjà un peu anciens (1) : la négative, par un arrêt beaucoup plus récent (2) : la Cour de cassation n'a pas eu encore l'occasion de se prononcer à ce sujet.

En vertu de quel principe ces solutions sont-elles admises ? Il est assez difficile de le dire, la plupart des arrêts s'abstenant de justifier leur décision. Les plus explicites sont les arrêts Nugues et Effié : le premier est favorable aux créanciers, mais on ne peut dire que ce soit en vertu de l'idée de représentation, puisqu'il suppose au contraire qu'ils tirent leur droit de leur présence dans l'instance ; le second condamne la théorie de la représentation, et applique strictement les dispositions du Code de procédure, mais on ne voit pas à quelle décision antérieure peuvent s'adresser les critiques qu'il dirige contre l'idée de mandat.

Les créanciers non contredisants sont-ils admis aussi à profiter de la chose jugée sur le contredit formé par leur cocréancier, et celle-ci leur est-elle opposable ?

Nugues, S. 65.2.300 ; Metz, 11 juillet 1867, Pelte, S. 68.2.188 ; Chambéry, 28 juillet 1871, Rochette, S. 71.2.272 ; Bourges, 31 mai 1898, Léveillé, S. 98.2.212. — Cf. Garsonnet et César-Bru, V, § 1873, p. 449. — En sens contraire : Cass., 12 décembre 1814, Ronesse ; Grenoble, 7 mars 1848, Grangé, S. 49.2.47. La jurisprudence ne justifie guère d'ailleurs cette solution.

(1) Grenoble, 5 juin 1865 et Metz, 11 juillet 1867, précités. Le premier dit que la masse des créanciers postérieurs en rang et représentés par l'avoué du dernier colloqué (C. pr. civ., art. 760) est associée au contredit formé par le créancier contestant, et peut s'approprier ce contredit, pour empêcher le contredisant de compromettre, par sa renonciation, les droits qu'il avait d'abord sauvegardés.

(2) Bordeaux, 12 janvier 1887, Effié, S. 88.2.108, nie formellement la théorie du mandat commun des créanciers, ceux-ci étant au contraire des adversaires déclarés pendant la période des contestations.

Plusieurs auteurs admettent l'affirmative (1) : ils se fondent sur le principe de l'indivisibilité de l'ordre qui fait que le jugement ne peut s'exécuter à l'égard des contestants sans être exécuté en même temps à l'égard des autres. La chose jugée pour ou contre le contredisant est donc jugée pour ou contre tous.

Il a été rendu très peu d'arrêts sur ce point. on peut citer un arrêt de Limoges (2) qui décide que l'annulation d'une inscription hypothécaire prononcée sur le contredit d'un seul créancier produit effet à l'égard de tous, parce que le droit conservé par le contredisant a maintenu celui de tous les créanciers. Cette décision paraît, elle aussi, se rattacher à la doctrine de l'indivisibilité de l'ordre.

La conclusion de tout ceci, c'est que, en matière d'ordre, si l'on permet aux créanciers de profiter des contredits formés par leurs consorts, c'est en dehors de toute idée de représentation, et sans que la doctrine de la représentation imparfaite paraisse même avoir été envisagée. Il n'en a pas été de même dans la faillite, ainsi que nous allons le montrer.

II. — FAILLITE.

Dans la faillite intervient un élément nouveau, la masse, et un organe nouveau, le syndic. En outre le débiteur est dessaisi, et le droit des créanciers d'exercer des poursuites individuelles est suspendu, sauf en ce qui concerne les droits particuliers (privilège, hypothèque, etc.) qui n'ap-

(1) Chauveau et Carré, quest. 2564 *quater*, IV ; Garsonnet et César-Bru, *loc. cit.*, p. 449.

(2) Limoges, 28 février 1879, Roque, S. 80.2.265. — Cf. Civ. cass., 12 mai 1875, Payau de Champié, S. 75.1.412 ; Bordeaux, 9 mai 1866, Lesieur, S. 66.2.309 ; Toulouse, 22 juin 1866, Parrau, et Alger, 26 juillet 1866, Ali-ben-Bahamed, S. 66.2.310.

partiennent qu'à eux. Ces données nouvelles vont modifier l'aspect du problème.

En premier lieu, au syndic seul est réservé en principe l'exercice des droits communs à tous les créanciers : il en est ainsi par exemple du droit que l'article 1466 leur confère d'exercer les droits et actions de leur débiteur (1). Il semble donc que la question de représentation imparfaite ne pourra se poser *entre les créanciers*, puisqu'il ne saurait être question pour eux de représentation dans l'exercice des droits qui leur sont personnels ; elle ne peut se poser non plus *entre le syndic et les créanciers*, car celui-ci représente la masse d'une manière complète, aussi bien pour gagner que pour perdre (2). Quand donc pourra-t-on songer à l'application de la théorie du résultat ?

La question se posera à propos des *droits communs à tous les créanciers* qui, malgré la faillite, *peuvent être exercés par chacun d'eux individuellement*. Alors, en effet, on peut se demander quel doit être l'effet, à l'égard de tous les titulaires du droit, de l'action exercée par celui d'entre eux qui le met en œuvre, et examiner si l'on doit faire à ce propos une distinction fondée sur le caractère du résultat produit par l'acte envisagé.

Les droits communs à tous les créanciers qui peuvent être exercés par chacun d'eux individuellement sont, d'après la jurisprudence, le droit d'exercer l'action paulienne, le droit d'accomplir des actes conservatoires, le droit qui

(1) Civ. cass., 18 février 1863, Viguerie, S. 63.1.285 ; 27 janvier 1873, synd. Copin, S. 73.1.163 ; 11 août 1885, Picard, S. 87.1.473 ; 4 mars 1889, Berthaud, S. 90.1.75 ; 23 juillet 1889, Troussel, S. 91.1.212.

(2) Civ. cass., 12 mars 1873, Grandin, S. 73.1.398 ; 28 mai 1889 (motifs), synd. Chavaux, S. 92.1.397 ; Req. rej., 10 novembre 1890, liquid. du Cercle Transport, S. 91.1.241.

appartient aux créanciers, en vertu des articles 580 et 582 du Code de commerce, de faire opposition et appel du jugement déclaratif et du jugement qui fixe la date de la cessation des paiements, et enfin le droit qui leur est accordé par l'article 494 du Code de commerce de former des contredits aux vérifications de créances faites et à faire.

1^o Action paulienne.

La jurisprudence admet, en général (1), que les créanciers peuvent exercer individuellement l'action paulienne au profit de la faillite contre les actes frauduleux du débiteur, et non seulement contre ceux qui sont antérieurs à la faillite (2), mais encore contre ceux que le syndic pourrait faire annuler en vertu des dispositions spéciales des articles 446 et 447 du Code de commerce (3).

Elle ne justifie d'ailleurs aucunement ses conclusions : tout au plus l'arrêt Spinelli paraît-il alléguer que les actes affectés d'un vice propre doivent pouvoir être attaqués dans les conditions ordinaires du droit commun. Cette jurisprudence est approuvée par la majorité des auteurs (4). Et pourtant il ne paraît pas y avoir plus de raisons de maintenir au profit des créanciers le droit à l'exercice individuel de l'action paulienne que le droit à l'exercice individuel de l'action oblique de l'article 1166 (5).

(1) V. en sens contraire : Req. rej., 9 avril 1829, Barillon.

(2) Paris, 14 décembre 1846, synd. Lecerf-Chédeville et Cie, S. 47.2.47 ; Civ. cass. (délib. en ch. du cons.), 23 août 1864, synd. Spinelli, S. 65.1.177 ; Lyon, 15 décembre 1881, Charrel, *Journ. des faillites*, 83.91. Adde, Req., 3 mars 1869, Sachsé, S. 69.1.174.

(3) Req. rej., 13 novembre 1867, Gallois, S. 68.1.116. V. cep. Req. rej., 17 juillet 1861, Napias, S. 62.1.374 et Grenoble, 1^{er} juin 1865, Jacquemet, S. 65.2.332.

(4) Alauzet, VII, n. 2526 et 2533 ; Lyon-Caen et Renault, VII, n. 420.

(5) En ce sens : Thaller, *Traité* ³, n. 1873.

En tout cas, ce qu'il faut noter, c'est que, pour justifier ce résultat, on ne fait pas appel à l'idée de représentation imparfaite.

2° *Actes conservatoires.*

Les créanciers ont aussi le droit d'accomplir individuellement les actes conservatoires de leurs droits, et ces actes profitent à la masse tout entière (1). Cette solution est admise, elle aussi, en vertu de considérations étrangères à l'idée de représentation, telles que la faveur due aux actes conservatoires, et l'absence d'inconvénients de ceux-ci au point de vue de la marche régulière de la faillite.

3° *Voies de recours contre le jugement déclaratif et contre le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements.*

Ces voies de recours sont l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation.

A. *Opposition.* — L'opposition dont il s'agit est une voie de recours spéciale, organisée par l'article 580 du Code de commerce, et qui comprend à la fois l'opposition ordinaire et la tierce opposition (2). Elle prend plus particulièrement ce dernier caractère à l'égard des intéressés autres que le failli qui ont le droit de l'exercer, et parmi lesquels on est d'accord pour ranger les créanciers de celui-ci, même ceux dont l'intérêt se confond avec celui de

(1) Paris, 19 août 1852, Bauby, D. 53.2.70 ; Nîmes, 13 juin 1853, Borelly, D. 53.2.207. — Alauzet, VII, n. 2478 ; Lyon-Caen et Renault, VII, n. 227 ; Thaller et Percerou, I, n. 516.

(2) Thaller et Percerou, I, n. 388 ; Lyon-Caen et Renault, VII, n. 134 ; Alauzet, VIII, n. 2851. — Paris, 17 mars 1858, Lalle, S. 58.2.567.

la masse (1). Et l'on admet qu'ils ont le droit de l'exercer individuellement (2) et que ce recours, s'il réussit, fait tomber le jugement *erga omnes* (3).

Seulement cette dernière conséquence est l'effet, non pas de l'application de l'idée de représentation imparfaite, mais du caractère *d'universalité* du jugement déclaratif ou du jugement de report (4).

Si, d'ordinaire, on est en effet obligé de supposer l'existence de la représentation pour admettre que l'acte de l'un a effet à l'égard de tous, c'est en raison du principe de relativité de la chose jugée, posé par l'article 1351 du Code civil. Du moment que ce principe disparaît, la question ne se pose plus.

B. Appel. — Les créanciers ne sont admis à faire appel du jugement déclaratif comme du jugement de report qu'à la condition d'avoir été parties au jugement, par exemple pour soutenir une opposition formée par eux (5). Autrement, la voie de l'opposition organisée par l'article 580

(1) Thaller et Percerou, *loc. cit.*, n. 390 ; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n. 132.

(2) Thaller et Percerou, *loc. cit.*, n. 422 *quater* ; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n. 166. — Civ. rej., 15 mai 1854, Rossi, S. 54.1.382 ; Req. rej., 1^{er} avril 1879, Ferrier, S. 80.1.21 ; Req. rej., 20 octobre 1886, Saver, D. 87.1.249 ; Civ. rej., 10 janvier 1894, Télienne, D. 95.1.17 ; Toulouse, 31 janvier 1893, Bacalerie, S. 94.2.97.

(3) Thaller et Percerou, *loc. cit.*, n. 390 *bis* ; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n. 140 ; Fuzier-Herman, *Répert.*, v^o *Faillite*, n. 4131.

(4) Thaller et Percerou, *loc. cit.*, n. 366 et 366 *bis* ; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n. 111. — Cass. (Ch. réunies), 24 mars 1857, Revert, D. 57.1.208.

(5) Thaller et Percerou, *loc. cit.*, n. 397 ; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n. 145. — Civ. rej., 15 mai 1854, Rossi, S. 54.1.382 ; Civ. rej., 2 août 1875, Hemerdinger, S. 75.1.443.

leur est seule ouverte (1). L'arrêt rendu sur l'appel de l'un d'eux aura effet à l'égard de tous, en vertu du même principe (2).

C. *Pourvoi en cassation.* — Le recours en cassation est autorisé dans les conditions du droit commun (3), et la cassation a effet *erga omnes* pour les mêmes raisons que plus haut.

4. *Contredits à la vérification des créances.*

Les créanciers vérifiés ou portés au bilan sont autorisés par l'article 494 du Code de commerce à former des contredits aux vérifications faites et à faire. La question se pose de savoir s'ils peuvent soutenir individuellement leurs contredits en agissant en justice, et, au cas où l'affirmative serait admise, si et dans quelle mesure le jugement rendu produit effet à l'égard de la masse.

A. *Droit individuel d'agir en justice.* — Les opinions varient sur ce point. La majorité des auteurs est d'avis que les créanciers contredisants n'ont pas le droit d'agir en justice pour soutenir leurs contredits. La disposition de l'article 494 se borne, d'après eux, à conférer aux créanciers le droit individuel de former des contredits pendant la procédure de vérification des créances ; mais l'action en justice doit être réservée au syndic. Une solu-

(1) Paris, 26 novembre 1889, Lannoy, D. 90.2.249, et la note de M. Boistel.

(2) Cass., 15 mai 1854, précité, solution admise en vertu du principe de l'indivisibilité de la matière.

(3) Thaller et Percerou, I, n. 410 et 439. — Cf. Civ. rej. (délib. en ch. du cons.), 14 juillet 1873, Schwabacher, S. 74.1.425 et la note.

tion contraire compromettrait d'ailleurs l'unité de direction qui est indispensable à la faillite (1).

Cette opinion a été longtemps celle de la jurisprudence (2) ; deux arrêts de cours d'appel l'ont même maintenue bien que la Cour de cassation eût formellement consacré l'opinion contraire (3). La Cour de Caen affirme « qu'en principe, le syndic est le contradicteur autorisé et l'adversaire unique de toute partie, quelle qu'elle soit, qui réclame en justice contre le failli ou contre laquelle celui-ci peut réclamer l'exécution d'un engagement » ; et que « le silence de la loi exclut l'action du créancier contestant ».

Mais cela paraît bien rigoureux ; il servirait peu aux créanciers de pouvoir former des contredits s'ils ne pouvaient les soutenir en justice, et en définitive, il vaut mieux prêter un sens raisonnable à l'article 494 que d'en faire une disposition superflue. Aussi d'autres auteurs adoptent l'opinion contraire ; le syndic peut saisir la justice du contredit, mais le contredisant a également cette faculté (4). Et c'est en ce sens que statue, depuis 1867, la jurisprudence de la Cour de cassation (5).

(1) Lyon-Caen et Renault, VII, n. 543 ; Cabouat, note sous Caen, 20 juillet 1887, *Ann. de dr. comm.*, 88.1.24.

(2) Req. rej., 22 décembre 1835, S. 36.1.149 ; Civ. cass., 18 février 1863, Viguerie, S. 63.1.285, P. 63.337 et la note de M. Rodière. — Cf. Req. rej., 11 novembre 1907 (motifs), Haouissée, *Rec. Gaz. Trib.*, I, 1908.1.161.

(3) Caen, 20 juillet 1887, Toutain, S. 88.2.236, *Ann. de dr. comm.*, 88.1.24 et la note de M. Cabouat, précitée ; — Paris, 29 janvier 1890, Brulé, S. 93.2.10.

(4) Alauzet, VI, n. 2614 ; Boistel, n. 979 ; Thaller, *Traité élém.*, n. 1875 ; Esnault, I, 292.

(5) Req. rej. (motifs), 13 novembre 1867, Gallois, S. 68.1.116 ; Civ. rej., 8 juin 1886, Raverot, S. 88.1.481 et la note de M. Petiet ; Amiens, 19 décembre 1851, Weimant, S. 53.2.226.

Il faut maintenant déterminer quel est l'effet, à l'égard de la masse, de la chose jugée sur le contredit formé par un des créanciers.

B. Effet de la chose jugée sur le contredit. — Il faut distinguer si le syndic a été ou non mis en cause.

Dans le premier cas, en effet, il n'y a pas de difficulté : le jugement rendu contradictoirement avec le syndic est rendu par là même pour ou contre la masse. Aussi certains arrêts, pour éviter toute complication, exigent-ils que le syndic soit toujours mis en cause (1).

Mais si cette précaution a été négligée, que doit-on décider ?

Nous rencontrons, ici encore, trois solutions possibles : la première consacre le système de la non-représentation, la seconde, celui de la représentation parfaite, la troisième enfin, celui de la représentation imparfaite.

Dans le système de la *non-représentation* on décide que la chose jugée reste strictement personnelle aux parties en cause, car il n'y a nulle raison de déroger au principe de relativité posé par l'article 1351 du Code civil. La matière n'est pas indivisible, puisque rien n'est plus divisible qu'une attribution de deniers, même faite sur des bases différentes pour les divers ayants droit. Et d'autre part, il ne saurait être question de représentation puisque aucun texte n'attribue le caractère de représentants généraux à des créanciers qui agissent le plus souvent dans un intérêt particulier opposé à celui de la masse. Comment leur accorder dès lors la faculté de compromettre les droits de

(1) Toulouse, 10 janvier 1880, Gaubet, S. 80.2.287.

leurs cocréanciers ? Et l'on ne peut restreindre leur mandat aux seuls actes dont le résultat sera avantageux pour la masse sans rompre l'égalité de situation qui doit exister entre les parties adverses. Aussi plusieurs auteurs se prononcent-ils en faveur du maintien du principe de la relativité de la chose jugée (1).

Mais cette solution présente certains inconvénients, qui préoccupent vivement la jurisprudence. Les créanciers qui n'ont pas pris part à l'instance engagée sur le contredit vont être obligés d'en soutenir une nouvelle, et alors de deux choses l'une : ou le jugement rendu statuera dans le même sens que le premier, et les frais exposés par eux seront inutiles ; ou le jugement statuera dans un sens différent, et il y aura contrariété de décisions sur un même point. De sorte que pour éviter ces dangers d'ordre pratique, on est conduit à faire une même situation à tous les créanciers.

La solution la plus rationnelle, dans cet ordre d'idées, consiste à décider que la chose jugée pour ou contre le contredisant, sera jugée par là même pour ou contre la masse ; et on arrive à ce résultat, soit en considérant les effets de la faillite comme *indivisibles*, soit en admettant le système de la *représentation parfaite* de la masse par le créancier contredisant.

(1) Boulay-Paty et Boileux, II, 497-500 ; Petiet, note S. 88.1.481. — Montpellier, 22 juin 1838, Coste, P. 38.2.426 (droit du créancier d'agir individuellement au cas d'inaction du syndic) ; Civ. cass., 13 février 1864 ; Viguerie, P. 63.337 et la note de Rodière (négarion du droit d'action en justice des créanciers pour soutenir leurs contredits). *Contra* : Rodière qui ne voit pas pourquoi l'on écarterait l'action individuelle des créanciers, « toutes les fois que cette action ne peut que profiter à la masse sans pouvoir jamais lui préjudicier ».

En faveur de l'*indivisibilité* de la faillite, on allègue qu'il est impossible, étant donné le principe fondamental de la faillite, qui est d'établir l'égalité de situation entre tous les créanciers, de permettre aux uns de percevoir un dividende sur des bases différentes de celles d'après lesquelles les autres reçoivent le leur (1). Mais cet argument pourrait être reproduit dans tous les cas où on applique l'effet relatif de la chose jugée ; d'ailleurs, rien n'est plus divisible que la distribution d'une somme d'argent.

Aussi songe-t-on plutôt à l'idée de *représentation* : le créancier agissant serait réputé représenter les autres, en vertu soit d'un mandat tacite, soit d'un quasi-contrat de gestion d'affaires. Il faut pour cela supposer chez lui la volonté de représenter ses cocréanciers, chez le tiers défendeur la connaissance de sa qualité de représentant de la masse, chez les créanciers de la masse enfin la volonté de le laisser agir à leur place et d'accepter d'avance le résultat de son action. Cela fait bien des présomptions : la dernière surtout paraît à certains peu vraisemblable, lorsque le contredisant a perdu son procès : ils ont peine à admettre que les créanciers non agissants aient pu, par leur silence, donner pouvoir au contredisant de compromettre leurs droits.

C'est ce qui explique qu'on en soit venu à l'idée de *représentation imparfaite*, bien que cette objection soit la moins décisive de toutes celles que soulève en cette matière l'idée de représentation. Rodière (2) pose en principe que si on ne doit jamais autoriser les créanciers à faire individuellement quoi que ce soit qui puisse nuire à la

(1) V. Toulouse, 10 janvier 1880, précité.

(2) *Loc. cit.*

masse, on doit leur permettre de faire tout ce qui a pour but de procurer un avantage à la masse, sans pouvoir lui causer, quoi qu'il arrive, aucun préjudice. Et cette doctrine a été accueillie par un arrêt de Lyon du 2 février 1884, et aussi, semble-t-il, par la Cour de cassation le 8 juin 1886 (1). « Considérant... dit la Cour de Lyon, que l'action ainsi intentée est suivie dans l'intérêt de la masse, à laquelle sans doute elle ne peut préjudicier, mais qui est nécessairement appelée à en recueillir le bénéfice ; que les créanciers contredisants ont donc qualité pour représenter la faillite *au moins dans la mesure du profit qui doit résulter pour elle de l'admission de leur contredit...* » La Chambre civile est moins explicite : « Attendu que les sieurs Raverot, soit en n'appelant pas en cause, dans cette instance, les syndics de la faillite Biot, soit en ne mettant pas en demeure les sieurs Chabry et consorts de les y appeler, avaient accepté ces derniers comme représentants de la masse créancière et comme agissant dans son intérêt ; que, dès lors, ils ne sauraient être admis à provoquer aujourd'hui, contre cette même masse créancière représentée par les syndics, une décision contraire à celle qu'a consacrée l'arrêt du 1^{er} avril 1884, *et qui avait été rendue à son profit...* »

Ces arrêts n'admettent pas d'une manière formelle le principe de la représentation imparfaite : mais leur préférence pour lui est manifeste. Il s'agissait d'ailleurs d'une hypothèse où le syndic ne pouvait être considéré comme le représentant de la masse, parce que la contestation portait sur l'admission d'une créance privilégiée au passif de la faillite. La représentation des créanciers entre eux est

(1) Lyon, 2 février 1884, sous Civ. rej., 8 juin 1886, Raverot, S. 88. 1.481 et la note de M. Raynald Petiet, précité.

admise par les deux arrêts en dehors de toute disposition légale, en vertu de présomptions fondées sur des circonstances de fait. Ainsi, ils font valoir l'un et l'autre que les créanciers contestés avaient accepté les contredisants comme représentants de la masse, en ne mettant pas le syndic en cause. Seulement, ils négligent de constater l'existence de la volonté de représenter chez les contredisants, et de la volonté d'être représentés chez les créanciers non agissants : il semble vraiment qu'il n'y ait aucune difficulté à les présumer. D'autre part, ils n'expliquent pas pourquoi la représentation ne peut fonctionner qu'au profit de la masse, et non à son préjudice : ils procèdent, sur ce point, par simples affirmations.

La Cour de cassation, toutefois, paraît avoir aperçu l'objection : elle se garde bien d'indiquer que la représentation dont elle constate l'existence est une représentation imparfaite ; elle n'avait pas besoin en effet de se prononcer nettement en faveur de cette théorie. La décision rendue étant favorable aux créanciers, le système de la représentation parfaite suffisait à produire, en l'espèce, les mêmes effets : elle s'est donc contentée d'alléguer l'existence de la représentation, sans en préciser la nature : à peine laisse-t-elle entrevoir, par une brève allusion, de quel côté vont ses préférences, et donne-t-elle à entendre que si le résultat de la représentation avait dû être défavorable pour les créanciers, sa décision eût été différente.

Ces arrêts sont demeurés sans lendemain ; la doctrine ne leur a pas fait un accueil très favorable : MM. Lyon-Caen et Renault, M. Lacoste et leur annotateur, M. Ray-

nald Petiet (1), ont dirigé contre eux des critiques assez vives que nous retrouverons au moment où nous ferons, dans un autre chapitre, la critique de la théorie. Pour le moment, nous nous bornerons à observer qu'ils présentent, au point de vue qui nous occupe, une grande importance. Ce sont en effet les seuls où l'idée de représentation imparfaite apparaisse d'une manière un peu nette, en dehors de la matière où elle a pris naissance.

(1) Lyon-Caen et Renault, VII, n. 543 ; Lacoste, n. 659-664 ; Raynald Petiet, note au Sirey, précitée.

CHAPITRE VI

DU CAUTIONNEMENT, DE LA GARANTIE, ET DE L'INDIVISION.

Nous arrivons maintenant à l'étude des hypothèses où l'idée de représentation imparfaite n'a été soutenue que par la doctrine, sans que la jurisprudence ait jamais paru s'y rallier. Ces hypothèses, assez nombreuses, sont d'inégale importance : nous allons les étudier successivement, et avec brièveté.

SECTION I. — La représentation imparfaite dans le cautionnement.

En matière de cautionnement, il y a trois points de vue auxquels on peut se placer pour soutenir la théorie de la représentation imparfaite : représentation de la caution par le débiteur principal, représentation du débiteur principal par la caution, représentation des cofidéjusseurs entre eux. Mais nous ne l'examinerons qu'aux deux premiers, parce que nous n'avons découvert aucune opinion doctrinale, ni aucune décision de jurisprudence au sujet de la dernière situation. Cela s'explique d'ailleurs, car la pluralité de cofidéjusseurs est rare en pratique, en dehors des cas où le cautionnement est solidaire ; et quand il en est ainsi, les règles appliquées sont celles de l'obligation solidaire (1).

(1) V. un exemple dans Req. rej., 21 mai 1855, Jacquot, S. 58.1.390.

§ 1. — Représentation de la caution par le débiteur principal.

Quel est l'effet, à l'égard de la caution, des actes accomplis par le débiteur principal ? Est-il absolu, quoi qu'il advienne, — dans les limites de l'obligation principale, bien entendu, — ou est-il subordonné à la nature du résultat ?

La question est assez discutée, en doctrine tout au moins ; essayons d'exposer brièvement la controverse.

Si l'on analyse la nature juridique du cautionnement, on trouve qu'il présente ce caractère fondamental de lier ensemble les deux obligations de la caution et du débiteur principal, de sorte que l'obligation de la première n'est qu'un accessoire de celle du second. Dans ces conditions, il semble assez naturel et assez logique d'admettre que l'une suit le sort de l'autre, et que les actes qui produisent effet pour et contre le débiteur principal, ont effet pour et contre la caution. Et cette idée s'accorde très bien avec les textes du Code qui décident que la novation opérée à l'égard du débiteur principal libère la caution (1), que la remise de dette qui lui est consentie a le même effet (2), que la caution a le droit d'opposer la compensation du chef du débiteur principal (3), que le serment déféré au débiteur principal libère la caution (4), et enfin que l'interpellation faite au débiteur principal, ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre la caution (5).

(1) Art. 1281.

(2) Art. 1287.

(3) Art. 1294.

(4) Art. 1365.

(5) Art. 2250.

Aussi la jurisprudence décide-t-elle unanimement que ce qui est jugé à l'égard du débiteur principal est jugé par là même à l'égard de la caution (1), en tant du moins que celle-ci n'a pas d'exceptions personnelles à opposer, et sans distinguer entre la caution solidaire et la caution simple. Et une partie de la doctrine se prononce dans le même sens (2).

On fait à ce système des objections : le débiteur principal n'est pas particulièrement qualifié pour défendre les droits de la caution, car il n'est intéressé à l'heureuse issue du procès qu'autant que le recours de la caution contre lui est susceptible de s'exercer. Or par cela même que sa solvabilité a été jugée assez douteuse par le créancier pour qu'il exige l'intervention d'un fidéjusseur, il est à craindre que le recours de la caution ne s'exerce dans le vide : quand il en est ainsi, le débiteur principal a bien peu d'intérêt à se défendre, assuré qu'il est de ne jamais payer. On peut même redouter qu'il ne profite de cette circonstance pour s'entendre frauduleusement avec le créancier aux dépens de la caution (3). Il serait donc préférable de ne pas s'écarter du principe de la relativité de la chose jugée en ce qui concerne les jugements rendus contre le débiteur principal.

(1) Civ. cass., 27 novembre 1811, Borel : « la caution, en tant qu'elle emploie les exceptions réelles du débiteur et déjà jugées contradictoirement avec lui, ne peut être considérée que comme son ayant cause, puisque par cela seul elle se met à sa place, et qu'elle veut se prévaloir de son droit. » — Req. rej., 4 août 1842, Raymond, S. 42.1.673 ; Grenoble, 18 janvier 1832, Barril, S. 33.2.162.

(2) Toullier, X, 241 ; Troplong, *Du cautionnement*, n. 510, 511 et 512 ; Bonnier, n. 886, Larombière, art. 1203, n. 12 et 13. On fait même appel à ce propos à l'idée de mandat tacite.

(3) La caution aurait, il est vrai, dans ce cas, la ressource de la tierce opposition pour fraude, mais la preuve de la fraude est souvent assez difficile à faire.

Quant aux jugements rendus en sa faveur, il en est différemment. Si l'on permet au créancier de demander à la caution ce qu'il a perdu le droit de demander au débiteur principal, il se produira un circuit d'actions : la caution recourra contre le débiteur principal pour le montant de ce qu'elle a dû payer ; le débiteur principal recourra contre le créancier pour se faire indemniser de ce que, par le fait de celui-ci, il aura été obligé de payer en trop à la caution, et ainsi de suite. Pour éviter ce résultat fâcheux, et qui ne profite à personne, il vaut mieux admettre que la caution pourra invoquer le bénéfice des jugements rendus en faveur du débiteur principal.

Telles sont les raisons qu'on fait valoir pour l'application en cette matière de la théorie de la représentation imparfaite ; elle a notamment été soutenue par Marcadé et Aubry et Rau, chez qui elle n'est d'ailleurs que l'application d'un système général (1). Colmet de Santerre arrive par un autre moyen au même résultat : pour lui, la chose jugée pour ou contre le débiteur principal n'est pas jugée pour ou contre la caution : seulement, celle-ci peut, en invoquant l'article 2037, se faire décharger du cautionnement, en soutenant que le créancier, en poursuivant le débiteur, a rendu par son fait impossible la subrogation de la caution dans les droits du débiteur principal (2).

Laurent (3) rejette ces deux théories : pour lui, il est très douteux que l'article 2037 puisse être appliqué ici ; et d'autre part, un texte serait nécessaire pour permettre

(1) Aubry et Rau, VIII, § 769, texte et note 31 ; Marcadé, article 1351, n. 13. — *Adde*, Griolet, p. 163.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 328 *bis*, XXIX-XXX.

(3) Laurent, XX, n. 119 et 121. — V. dans le même sens : Tissier, n. 120 et suiv. ; Lacoste, n. 620-635.

l'application de la théorie de la représentation imparfaite. Les raisons pratiques qui sont invoquées paraissent d'ailleurs faire sur lui assez peu d'impression.

§ 2. — Représentation du débiteur principal par la caution.

On ne peut plus faire appel aux mêmes arguments dans cette hypothèse : de ce que l'obligation de la caution est l'accessoire de l'obligation principale on ne saurait déduire que le fidéjusseur doit être considéré comme le représentant du débiteur principal. Aussi la jurisprudence maintient-elle ici le principe de la relativité de la chose jugée, sauf quand il s'agit d'une caution solidaire, cas où elle applique les règles de l'obligation solidaire, en vertu de l'assimilation qu'elle établit entre elle et le cautionnement solidaire (1).

Les auteurs admettent en général la même solution en ce qui concerne les jugements rendus contre la caution (2) ; mais quelques-uns d'entre eux s'en écartent pour les jugements rendus en sa faveur (3) ; ils s'appuient sur la disposition de l'article 1365 qui décide que le serment déféré à la caution profite au débiteur principal ; mais comme le dit fort bien M. Lacoste (4), « tout ce qui résulte de ce texte, c'est que le débiteur principal pourra se prévaloir du jugement fondé sur ce serment ; mais il ne pourra pas se prévaloir des autres décisions judiciaires. » Pour écarter ici l'effet relatif de la chose jugée, il faudrait en effet

(1) Cass., 1^{re} décembre 1835, précité ; Alger, 7 décembre 1885, Deliot, S. 86.2.80.

(2) Troplong, *Du cautionnement*, n. 454 et suiv. ; Bonnier et Lar-naude, *op. cit.*, n. 886 ; Larombière, *op. cit.*, art. 1208, n. 17.

(3) Bonnier, *loc. cit.* ; Larombière, *loc. cit.* — *Contra* : Merlin, *Questions de dr.*, v^o *Chose jugée*, § 18, n. 5 ; Lacoste, *loc. cit.*

(4) Lacoste, *op. cit.*, n. 638.

supposer un mandat tacite pour gagner et non pour perdre, et l'on ne va pas jusque-là.

La théorie de la représentation imparfaite reste donc, dans le cautionnement, à l'état purement doctrinal, et nous ne nous y arrêtons pas davantage.

SECTION II. — La représentation imparfaite en matière de garantie.

En matière de garantie, la question de représentation ne se pose évidemment pas quand le garant et le garanti ont figuré tous deux dans un même acte juridique (1) ; mais que faut-il décider pour les actes auxquels l'un d'eux n'a pas été partie ?

La situation présente deux aspects différents, suivant que la partie présente a été le garant, ou le garanti : examinons-les successivement.

§ 1. — Représentation du garant par le garanti.

La jurisprudence admet dans une certaine mesure que le garant est représenté par le garanti ; elle lui permet en effet de faire appel des jugements rendus contre celui-ci (2). Si elle considérait la chose jugée avec le garanti comme étrangère au garant, elle ne devrait autoriser celui-ci qu'à former une tierce opposition.

Mais d'autre part, elle ne donne pas effet contre le garant à tous les actes du garanti : ainsi par exemple, dans

(1) Civ. rej., 15 mai 1848, Ravel, S. 48.1.494.

(2) Civ. rej., 31 août 1818, Crouzet ; Toulouse, 25 janvier 1822, Forgues ; Orléans, 9 décembre 1848, Courtois, et 2 février 1849, Berguignoles, S. 49.2.588.

l'hypothèse précédente, l'acquiescement du garanti ne fait pas obstacle au droit du garant de faire appel (1). Il semble y avoir là une manifestation de l'idée qui sert de fondement à la doctrine de Larombière sur la solidarité : le garanti n'a pas qualité pour compromettre, par des actes de renonciation qui lui sont strictement personnels, les droits du garant. Il s'y ajoute ici cette considération décisive que tout le préjudice de l'acquiescement retomberait sur le garant, puisque celui-ci doit décharger le garanti des condamnations prononcées contre lui (2).

Toutefois cette dernière solution n'est exacte qu'en matière de garantie formelle, parce que, là seulement, le garant a le droit de prendre le fait et cause du garanti et, par suite, de diriger son appel contre le demandeur principal. En matière de garantie simple il ne peut interjeter appel que contre le garanti (3).

De même, le jugement par défaut exécuté contre le garanti n'acquiert pas l'autorité de la chose jugée à l'égard du garant (4). C'est la même idée que tout à l'heure : l'acquiescement du garanti ne peut pas plus lui enlever le droit de faire opposition que d'interjeter appel.

En revanche, la déchéance du pourvoi encourue par le demandeur en cassation à l'égard du garanti profite au garant (5), parce que, dit la Cour de cassation, « il n'y a

(1) Cass., 31 août 1818, précité ; Civ. rej., 10 mars 1829, comm. de Villers ; Limoges, 10 août 1861, Compagnie du Midi, S. 62.2.26.

(2) V. les arrêts précités.

(3) Poitiers, 22 décembre 1829, Alnoux.

(4) Civ. cass., 12 avril 1843, Cerf-Lewy, S. 43.1.685 ; Civ. rej., 3 mai 1858, Marion, S. 59.1.255.

(5) Civ. rej., 8 janvier 1894, Vve Laffite, S. 96.1.318.

plus de garantie à exercer, quand sur la défense du garanti la demande originaire tombe, par déchéance ou autrement », motifs qui paraissent faire appel à l'idée d'indivisibilité plutôt qu'à celle de représentation.

En rapprochant ces solutions, on pourrait soutenir que la jurisprudence admet la théorie de la représentation imparfaite ; car, si elle ne permet pas que la chose jugée contre le garanti puisse être opposée au garant, elle admet bien que la chose jugée en sa faveur lui profite. Nous ne croyons pas cependant que la jurisprudence s'inspire d'une telle doctrine : elle résout les différentes questions à mesure qu'elles se présentent, en se laissant guider par deux idées directrices : ne pas sacrifier les droits du garant, principal intéressé, ne pas maintenir à son égard les effets de la garantie quand ils sont devenus sans objet.

§ 2. — Représentation du garanti par le garant.

On peut se demander si le garant représente le garanti : 1^o en ce qui concerne les actes accomplis par le garant avant que le garanti soit poursuivi ; 2^o en ce qui concerne les actes accomplis par le garant après que des poursuites ont été engagées contre le garanti (1).

1^o Le garanti n'a pas encore été poursuivi.

L'hypothèse pratique est celle où un jugement a été rendu entre le vendeur d'un fonds soumis à garantie et un tiers après la vente ; on se demande si ce jugement a effet à l'égard de l'acquéreur.

(1) Nous excluons naturellement le cas où, en matière de garantie formelle, le garanti a demandé, en vertu de l'article 182 du Code de procédure, sa mise hors de cause ; tout le monde admet alors qu'il est représenté par le garant. V. sur cette hypothèse, Glasson et Tissier, p. 732-734.

Pour les jugements rendus contre le vendeur, on admet en général la négative (1); mais à propos des jugements rendus en sa faveur, la théorie de la représentation imparfaite a été soutenue par Larombière et Aubry et Rau (2): ceux-ci notamment allèguent à l'appui que si l'acquéreur n'était pas autorisé à se prévaloir de pareils jugements, ces jugements resteraient sans effet, même en ce qui concerne le disposant, puisque celui-ci serait exposé à un recours de la part de l'acquéreur; Laurent (3) répond, non sans raison, que le disposant n'a qu'à mettre l'acquéreur en cause. M. Lacoste, tout en repoussant la théorie en elle-même, fait valoir que le débat ne présente pas grand intérêt. Qu'on suppose en effet que le garant ait gagné son procès; l'acquéreur ne manquera pas de le mettre en cause et de se retirer du procès; il profitera ainsi du jugement par la force des choses (4). Si, au contraire, le garant a perdu le procès, le garanti se gardera de mettre son auteur en cause, car le tiers pouvant opposer le jugement rendu au disposant, l'acquéreur serait obligé d'en subir les effets.

2° *Le garanti a été poursuivi.*

Il s'agit de savoir quel est, à l'égard du garanti, l'effet des voies de recours que le garant a conservé le droit d'exercer, malgré la condamnation définitive prononcée contre le garanti.

A. *Appel*. — C'est un principe constant en jurisprudence

(1) V. Lacoste, n. 486 et s.

(2) Aubry et Rau, VIII, p. 384, § 769, note 56; Larombière, article 1351, n. 107.

(3) *Op. cit.*, XX, n. 125.

(4) *Op. cit.*, n. 504-514.

que l'appel du garant profite au garanti (1), pourvu qu'il y ait « un lien nécessaire de dépendance et de subordination entre la demande principale et la demande en garantie » (2). Il profite au garanti d'abord en ce qu'il le relève de la déchéance encourue pour défaut d'appel dans les délais, ou de la fin de non-recevoir résultant de l'acquiescement donné par lui au jugement, en vertu du principe posé en 1818 par la jurisprudence que l'acquiescement du garanti n'est que conditionnel, et subordonné au défaut d'appel de la part du garant (3); il lui profite peut-être encore en ce que l'arrêt rendu sur l'appel du garant peut être invoqué par lui (4).

B. *Pourvoi en cassation.* — Le pourvoi du garant profite au garanti dans les mêmes conditions que l'appel : il faut qu'il y ait entre la demande principale et la demande en garantie un lien nécessaire de dépendance et de subordination. Quand cette condition est réalisée, le pourvoi du garant entraîne la cassation de l'arrêt à l'égard de toutes les parties en cause (5).

(1) Civ. rej., 31 août 1818, Crouzet ; 10 mars 1829, comm. de Villers, et la note ; Req. rej., 16 janvier 1843, hér. Terrein, S. 43.1.138 ; Civ. rej., 28 novembre 1854, Jeannin, S. 55.1.744 ; Civ. cass., 18 juin 1866, Bachy-Courtin, S. 66.1.336 ; Bordeaux, 22 janvier 1827, Moreau ; Poitiers, 11 mars 1830, Guillemot, S. 31.2.71 ; Amiens, 4 mars 1857, Bertbe, S. 57.2.386 ; Montpellier, 8 décembre 1871, S. 72.2.148.

(2) Civ. cass., 19 février 1873, Dailly, S. 73.1.116 ; 11 juin 1877, Hébert, S. 78.1.445 ; Paris, 28 mai 1877, Mercier, S. 79.2.86. — Cf. Civ. cass., 2 février 1875, Hugonneau-Rivaud, S. 75.1.337 et la note de M. Labbé.

(3) Cass., 31 août 1818, précité ; Req. rej., 20 novembre 1900, Lehman, S. 04.1.116.

(4) Req. rej., 9 mars 1903, Fortin et Cauzette, S. 04.1.340.

(5) Civ. cass., 12 novembre 1877, chemin de fer d'Alsace-Lorraine, S. 79.1.349 ; 9 avril 1884, chemin de fer de Lyon, S. 84.1.292 ; 17 novembre 1886, Taylor et Greenwell, S. 87.1.425.

C. *Opposition*. — Pour l'opposition, la jurisprudence n'est plus aussi unanime. Un premier point est certain ; en matière de garantie formelle, l'opposition du garant au jugement rendu par défaut, et contradictoirement avec le garanti, remet le procès en question à l'égard de celui-ci (1) ; mais en matière de garantie simple, la question est discutée (2).

Quelles sont les raisons qui font admettre par les arrêts ces solutions favorables au garanti ? Il y en a plusieurs ; la principale paraît être l'indivisibilité de l'instance en garantie, la nécessité d'éviter un circuit d'actions et la crainte d'une contrariété de jugements (3) ; peut-être songe-t-on aussi, dans une certaine mesure, à l'idée de représentation (4) ; mais ce serait alors l'idée de représentation parfaite.

SECTION III. — De l'indivision.

Les copropriétaires indivis, possédant chacun une fraction de la chose commune, ne sont pas en principe les représentants les uns des autres : il y a eu à la vérité des décisions de jurisprudence qui ont décidé le contraire (5), en voyant

(1) Rennes, 3 juillet 1858, Dauphin, S. 59.2.170 ; Pau, 22 novembre 1869, Barnèche, S. 71.2.251 et les arrêts cités en note.

(2) V. pour l'affirmative : Civ. cass., 5 avril 1876, Compagnie d'Orléans, S. 76.1.218 ; 13 juin 1876, Compagnie de l'Ouest, S. 76.1.356 ; Pau, 22 novembre 1869 ; — pour la négative : Rennes, 3 juillet 1858, précité.

(3) V. not. Montpellier, 8 décembre 1871, précité.

(4) V. not. Poitiers, 11 mars 1830, précité, qui fait appel à la notion d'ayant cause.

(5) Montpellier, 27 juillet 1825 : « Deux propriétaires indivis peuvent être considérés comme étant respectivement les agents et les représen-

dans l'indivision une espèce de société où chacun des communistes est chargé du mandat des autres afin d'accomplir des actes d'administration ; mais ces décisions, d'ailleurs anciennes, qui paraissent se rattacher aux principes admis dans l'ancien droit (1), sont aujourd'hui abandonnées (2).

Il y a même un arrêt de la Cour de cassation qui a admis, sans en donner d'ailleurs de motifs, que l'effet de la chose jugée au profit de certains des indivisaires devait s'étendre aux autres (3). Bonnier (4) a voulu voir dans cet arrêt la consécration de l'idée de représentation imparfaite par la Cour de cassation ; cette déduction nous paraît, pour le moins, fort exagérée. Sans doute la Chambre des requêtes a statué, dans cette hypothèse, dans un sens favorable aux débiteurs ; mais elle n'a pas dit qu'elle aurait statué différemment si l'arrêt d'appel avait été rendu contre eux, et, comme elle s'abstient de justifier sa solution, on ne saurait, sans témérité, en étendre la portée en dehors des limites mêmes de celle-ci,

tants l'un de l'autre. » *Adde* : Req. rej., 18 juillet 1838, Delarfeux, S. 38.1.790 ; Bordeaux, 23 juin 1848, sous Civ. rej., 16 décembre 1851, Molines, S. 52.1.246, et Bordeaux, 11 avril 1845, Bitard-Cadiot, S. 46.2.315. — Cf. Civ. rej., 19 avril 1865, Buret, S. 65.1.270 ; Toulouse, 4 mars 1867, Latieule, S. 67.2.351 ; Riom, 12 janvier 1882, Faure, S. 84.2.81,

(1) V. *suprà*, p. 40 et 45.

(2) V. not. Civ. cass., 22 novembre 1852, Dervieux, S. 53.1.73 ; 10 août 1858, Broutté, S. 59.1.37 ; 11 juillet 1865, Labrinau, S. 65.1.401. — En ce qui concerne l'effet de l'appel, voir dans le sens de l'extension à tous : Riom, 24 mai 1861, S. 61.2.431. *Contrà* : Civ. cass., 11 février 1889, Troubat (2 arrêts), S. 89.1.201.

(3) Req. rej., 12 mars 1866, comm. de Quenza, D. 66.1.472.

(4) Bonnier et Larnaudé, n. 888 : Le copropriétaire qui a gagné le procès « n'a-t-il pas eu mandat de ses copropriétaires pour rendre leur position meilleure ? *C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation*, même en cas de simple indivision (Req., 12 mars 1866) et cette décision paraît bien en harmonie avec l'article 709 du Code... »

La question n'est plus posée que pour les copropriétaires d'un immeuble indivis, en ce qui concerne les jugements rendus avec l'un d'eux sur l'existence d'une servitude réclamée au profit ou à la charge de cet héritage (1) ; et elle se rapproche beaucoup alors de la question plus générale de savoir quel est l'effet des jugements rendus avec un des coobligés indivisibles. La servitude prédiale, même localisée à une partie déterminée du fonds, ne peut en effet être exercée à l'égard de l'un sans l'être par là même à l'égard des autres, la propriété de chacun portant pour sa part indivise sur chaque parcelle de l'immeuble. On doit donc résoudre cette question dans le même sens que nous l'avons résolue en ce qui concerne les créanciers et débiteurs indivisibles (2).

Cependant nous devons ici remarquer, après M. Lacoste (3), que tout en rejetant la théorie de la représentation imparfaite, on est bien obligé de reconnaître que tout se passera en fait comme si elle était admise. Supposons, en effet, qu'un jugement reconnaissant l'existence de la servitude ait été rendu avec l'un des indivisaires : le tiers qui l'aura obtenu ne pourra en raison du caractère indivisible de la servitude exécuter ce jugement sans porter atteinte aux droits des autres communistes, qui ne manqueront pas sans doute de lui opposer qu'il est à leur égard *res inter alios acta*. A l'inverse, si le jugement nie l'existence de la servitude, le tiers ne pourra exercer celle-ci d'aucune manière parce qu'en l'exerçant il méconnaîtrait le jugement rendu avec son adversaire. Et de la sorte,

(1) Aubry et Rau, VII, § 769, texte et note 54, p. 382 ; Larombière, VII, art. 1354, n. 102, p. 116.

(2) V. *suprà*, p. 118.

(3) Lacoste, *op. cit.*, n. 643 et s.

tous les copropriétaires profiteront de ce jugement, qui pourtant ne pourrait leur être opposé. C'est un des cas où apparaît le mieux la nécessité qu'il y a, pour éviter des complications inextricables, à mettre en cause tous les titulaires du droit sur lequel on plaide (1).

SECTION IV. — Hypothèses diverses.

L'idée de représentation imparfaite a encore été soutenue dans d'autres hypothèses : quant au nu-propiétaire pour les jugements rendus avec l'usufruitier (2), quant au propriétaire réel pour les jugements rendus avec le propriétaire apparent (3), quant au propriétaire sous condition suspensive pour les jugements rendus *pendente conditione*, avec le propriétaire sous condition résolutoire (4). Dans toutes ces hypothèses, il s'agit de personnes qui, sans être réellement propriétaires de la chose, se comportent sur elle en maîtres, au regard des tiers : si bien que ceux-ci en plaidant avec elles, croient plaider sur la propriété

(1) V. cep. Chiovenda, *Litisconsorzio necessario*, p. 14-16, qui s'élève contre cette manière de voir : le succès remporté, par exemple, sur un des copropriétaires du fonds servant n'a peut être pas une valeur pratique immédiate, mais il a une valeur juridique certaine, même si le demandeur perd le procès dans une instance postérieure engagée avec les autres copropriétaires : car si ceux-ci concèdent plus tard la servitude, « *quella victoria acquista piena efficacia pratica* ». Il en est de même dans le cas de cessation de l'indivision en faveur du copropriétaire qui a perdu le procès.

(2) Aubry et Rau, VIII, § 769, texte et note 49, p. 379 ; Larombière, VII, article 1351, n. 102.

(3) Larombière, *loc. cit.*, p. 116.

(4) Aubry et Rau, *eod. loco*, texte et note 355, p. 83 ; Larombière, *loc. cit.*

tout entière. Cette opinion des tiers suffirait, d'après les partisans de la théorie de la représentation imparfaite, à constituer ces personnes représentants du véritable propriétaire, si celui-ci accepte les résultats de leur action ; or il les acceptera quand ils seront favorables, il les repoussera quand ils seront défavorables (1).

Nous n'examinerons pas ici le bien-fondé de cette conception : nous nous bornerons à constater que cette **théorie ingénieuse** n'a pas été ratifiée par la jurisprudence, ou du moins **que** nous n'en avons trouvé nulle trace. Nous renvoyons au **chapitre** suivant les critiques qui peuvent être dirigées contre elle.

(1) V. Larombière, *loc. cit.*

TROISIÈME PARTIE

CRITIQUE

CHAPITRE VII

SYNTHÈSE ET CRITIQUE DE LA THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION IMPARFAITE.

§ 1. — Délimitation de la théorie.

Après le long travail d'analyse auquel nous venons de nous livrer, le moment paraît venu de passer à la synthèse, et d'essayer de systématiser les solutions que nous avons recueillies. Entreprise vaine et chimérique, nous dirait-on ; comment prétendre tirer d'un amas de décisions éparses, rendues le plus souvent sur des questions d'espèces, et pour des motifs de fait, dans des hypothèses très différentes, un système juridique qui les embrasse toutes, sans déformer la réalité ? Comment, sans faire œuvre artificielle, introduire l'ordre dans ce chaos, et dégager des principes directeurs, dont les tribunaux se sont en réalité assez peu préoccupé ? Nous ne dissimulons pas que la tâche est difficile, et que l'infinie variété des hypothèses où la représentation imparfaite peut se rencontrer, solidarité, indivisibilité, droits des créanciers, etc., rend le

problème presque insoluble. Nous reconnaissons que l'effort que nous allons faire pour ramener notre matière à l'unité comporte une certaine part d'arbitraire : nous essaierons seulement de nous écarter le moins possible de la réalité.

Si l'on voulait proposer une formule générale qui pût s'appliquer à tous les cas où la représentation imparfaite est admise par la jurisprudence, on pourrait peut-être dire qu'il y a représentation imparfaite quand plusieurs personnes sont placées dans une situation juridique identique, et quand les effets de cette identité de situation présentent dans certaines hypothèses un caractère si rigoureux, qu'ils en paraissent injustes. Reprenons successivement les termes de cette formule.

Nous disons d'abord que la représentation imparfaite ne fonctionne que dans les hypothèses où il y a *identité* de situation juridique. Ce n'est pas ce que nous avons laissé pressentir dans notre introduction : nous ne parlions alors que de simple *communauté* juridique de situation. C'est qu'en effet la doctrine se contente, en général, de cette condition : on parle ainsi de représentation imparfaite entre la caution et le débiteur principal, entre le garant et le garanti, entre le nu propriétaire et l'usufruitier, entre le propriétaire sous condition suspensive et le propriétaire sous condition résolutoire : mais dans tous ces cas, la jurisprudence décide soit qu'il y a représentation parfaite, soit qu'il n'y a pas de représentation du tout. Elle n'admet la représentation imparfaite que dans des situations comme celle des codébiteurs solidaires ou des créanciers dans la faillite, qui sont juridiquement identiques, en tant du moins qu'il s'agit d'un intérêt commun à tous.

Il faut, en second lieu, que la situation envisagée présente un *caractère rigoureux* assez accentué pour que l'atténuation en paraisse désirable. Cette formule vague est la seule qui parvienne à expliquer pourquoi la jurisprudence n'applique pas la représentation imparfaite au cas d'indivisibilité ou d'indivision, où la situation juridique des parties est cependant identique, et l'applique dans la solidarité passive et dans la faillite. On pourrait dire toutefois, en ce qui concerne l'indivisibilité, que le caractère de celle-ci ne se prête pas à une distinction fondée sur la nature du résultat, parce que, consistant dans l'impossibilité matérielle d'exécution de l'obligation, elle ne s'accorde qu'avec des solutions tranchées, avec la représentation parfaite ou avec la non-représentation.

Nous ne voudrions pas d'ailleurs qu'on prît cette explication pour autre chose que ce qu'elle est, c'est-à-dire l'exposé des motifs de fait qui ont déterminé la jurisprudence à se prononcer dans certains cas pour le système de la représentation imparfaite : les deux caractères que nous venons de relever, identité de situation et rigueur de celle-ci, nous paraissent seuls rendre compte de son choix.

Enfin, la représentation imparfaite s'applique en matière de chose jugée, en matière d'exercice des voies de recours, et à propos des questions de procédure qui s'y rattachent. Nous avons donné dans notre introduction une formule plus générale ; à la suite de la doctrine, nous avons considéré la représentation imparfaite comme s'appliquant à tous les actes par lesquels un des intéressés met en œuvre un droit commun. Ici encore, l'étude de la jurisprudence nous amène à proposer une formule moins compréhensive. De sorte que la théorie de la représentation imparfaite nous apparaît, en définitive, comme un procédé employé

par la jurisprudence pour résoudre les difficultés de procédure que soulève l'absence de mise en cause de toutes les parties au procès. Son domaine d'application pratique est donc extrêmement restreint.

Nous allons maintenant faire la critique de la théorie de la représentation imparfaite au point de vue technique, au point de vue des textes, et au point de vue de l'utilité pratique.

§ 2. — Critique de la théorie.

1^o Critique de la théorie au point de vue technique.

La représentation imparfaite n'étant qu'une espèce particulière de représentation, ne peut exister que si les conditions ordinaires de la représentation sont réunies, c'est-à-dire si le représentant et le représenté sont d'accord pour l'accepter et si le tiers en a connaissance. En outre, comme il s'agit d'une représentation conditionnelle, il faut que l'accord des parties et la connaissance du tiers portent aussi sur l'existence et sur l'effet de la condition. Nous allons examiner comment la théorie communément admise satisfait à ces exigences techniques

Dans sa forme habituelle, la représentation, qu'elle soit conditionnelle ou non, nous offre le spectacle d'une personne agissant non pas en son nom propre, mais au nom de la personne qu'elle représente et chez qui l'acte accompli par elle produira son effet, à la double condition que le tiers soit averti que c'est en réalité au représenté qu'il a affaire par l'intermédiaire du représentant, et que le représenté accepte cette situation. Or la représentation imparfaite, par le fait même qu'elle fonctionne dans le cas où il

existe entre plusieurs personnes une identité juridique de situation, présente un aspect tout différent. Un des conjoints exerce en son nom propre un droit qui lui est commun avec tous les autres.

Pour le considérer comme leur représentant, il faut distinguer dans son agissement deux éléments : 1° l'agissement en son nom personnel, pour la part qui lui revient dans le droit mis en œuvre ; 2° l'agissement au nom de ses conjoints pour la partie du droit qui leur appartient ; ce qui implique, en premier lieu, qu'il a la volonté d'agir pour le compte de ses cointéressés en même temps que pour le sien, et en second lieu, qu'il manifeste cette volonté, d'une manière expresse ou tacite, au tiers auquel il a affaire. En outre, il faut qu'il accepte et fasse connaître au tiers la condition à laquelle sa volonté d'agir pour le compte de ses conjoints est subordonnée.

Or, jamais les partisans de la théorie ne se préoccupent de constater l'accomplissement de ces diverses conditions ; de sorte que leur système repose sur une série de présomptions : il faut présumer d'abord que le soi-disant représentant a la volonté d'agir pour le compte de ses conjoints en même temps que pour le sien ; il faut présumer ensuite qu'il entend que l'acte accompli par lui produise effet à son égard d'une façon définitive, et à l'égard de ses conjoints d'une façon conditionnelle. Ces présomptions que l'on s'abstient d'ailleurs d'exprimer, mais que le système admis suppose nécessairement, paraissent déjà bien arbitraires : comment supposer que le prétendu représentant ait voulu agir pour d'autres que pour lui, quand il n'a exprimé cette intention en aucune manière, et qu'aucun indice extérieur ne vient la révéler chez lui ?

Mais il y a quelque chose de bien plus grave : le tiers

contractant doit être prévenu qu'il a affaire à un représentant conditionnel, car sans cela le rapport de représentation ne peut se former. Il faut qu'il sache que l'agissement du prétendu représentant aura effet :

1° D'une façon définitive et dans la personne de celui-ci, en ce qui concerne sa part dans le droit envisagé ;

2° D'une façon conditionnelle et dans la personne des conjoints non présents, pour leur part dans ce même droit.

L'avertissement nécessaire doit donc lui être donné d'une manière explicite pour lui permettre de distinguer, dans la personne de son adversaire, la double qualité en laquelle agit celui-ci. Or ici encore, la théorie repose sur une présomption sous-entendue ; on admet, en effet, et cette fois d'une façon explicite, que le tiers a consenti tacitement à la formation du rapport conditionnel de représentation, en négligeant de mettre tous les intéressés en cause ; on dit alors qu'il a accepté le conjoint auquel il a affaire comme légitime contradicteur. Mais il faudrait, pour que cette abstention pût avoir cette portée, que le tiers ait su à quoi elle l'engageait ; le simple fait de consentir à plaider avec l'un des conjoints n'implique pas qu'il ait eu connaissance de sa qualité de représentant. Il a affaire à une personne qui est elle-même titulaire du droit ; il peut fort bien croire qu'il ne plaide avec elle que sur la partie du droit qui lui appartient ; aucun indice ne vient lui révéler qu'il s'agit du droit tout entier. A moins qu'on ne décide que, connaissant la qualité de codébiteur solidaire ou de cocréancier de son adversaire, il devait savoir qu'il avait affaire à un représentant imparfait. Mais ceci suppose que la théorie de la représentation imparfaite est unanimement reconnue et a la force d'un principe légal : autrement le tiers serait excusable de n'avoir pas tenu

compte d'une qualité hypothétique, qui n'est conférée à son adversaire que par une partie de la doctrine ou de la jurisprudence. Le raisonnement employé n'est donc valable qu'en admettant la consécration officielle de la théorie dont il a précisément pour but de justifier l'application.

2^o *Critique de la théorie au point de vue des textes.*

Telles sont les critiques que l'on peut diriger, au point de vue technique, contre la représentation imparfaite. Elles n'auraient que peu de poids, et l'interprète, quel que fût son sentiment personnel, ne pourrait que s'incliner devant la solution donnée, si la loi prêtait à la théorie que nous combattons l'appui de son autorité. Alors en effet, les objections tirées du défaut d'acquiescement du tiers, de l'absence de manifestation de volonté de la part du représentant, tomberaient d'elles-mêmes : la loi est libre d'imposer aux parties la solution qui lui plaît, sauf à celles-ci à conclure une convention pour y déroger, si elles le jugent à propos, et si la disposition légale n'est pas d'ordre public. Aussi les partisans de la théorie de la représentation imparfaite se sont-ils toujours préoccupés de présenter leur système comme un système légal, fondé sur des textes du Code déterminés, ou sur l'interprétation des principes posés par ceux-ci. Ces textes ne sont pas très nombreux : les principaux sont les articles 1198, 1205 et suivants, 1281, 1284, 1285, 1287, 1294 et 1365 du Code civil, et l'article 494 du Code de commerce. Nous allons les examiner successivement.

A. — *Textes concernant la solidarité.* — Les uns concernent la solidarité active, les autres la solidarité passive.

En matière de solidarité active, on a tiré parti des ar-

ticles 1198 et 1199. Le premier de ces textes dispose que la remise de dette qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur envers les autres que pour la part de ce créancier ; le second décide que tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires profite à tous les autres créanciers. On voit dans la combinaison de ces deux solutions la manifestation, de la part du législateur, d'une doctrine qui se rapprocherait singulièrement de celle de la représentation imparfaite. Pourquoi, en effet, le législateur exclut-il l'effet à l'égard de tous de la remise de dette consentie par un seul, sinon parce que cet acte présente pour eux un caractère défavorable ? Et pourquoi, au contraire, donnerait-il effet à l'égard de tous à l'acte interruptif de la prescription de la dette commune, qui n'émane que d'un seul, sinon parce que cet acte aura pour eux un résultat favorable ? De là à concevoir, de la part du législateur, l'intention de consacrer un système qui admettrait ou repousserait l'existence de la représentation entre les créanciers solidaires suivant le résultat favorable ou fâcheux de l'acte accompli, il n'y a qu'un pas, et certains n'ont pas hésité à le franchir.

Nous croyons, pour notre part, qu'ils ont eu tort de le faire : des textes comme ceux des articles 1198 et 1199, qui ne formulent que des solutions d'espèce, doivent être interprétés avec beaucoup de circonspection. Nous reconnaissons sans doute que celles-ci s'accordent assez bien avec la théorie de la représentation imparfaite ; mais pour décider qu'ils en sont la consécration, il faudrait que leurs termes fussent autrement explicites. En réalité, nous croyons qu'il s'agit plutôt ici d'une représentation restreinte, car les hypothèses où la représentation ne jouera

pas sont déterminées à l'avance, d'après le caractère dangereux de l'acte envisagé, et non après coup, d'après le résultat bon ou mauvais qu'il aura produit.

En ce qui concerne la solidarité passive, la théorie de la représentation imparfaite n'a plus pour elle l'apparence des dispositions légales. Celles-ci présentent même, en général, un caractère assez dur pour les coobligés : ainsi les poursuites faites contre l'un d'eux interrompent la prescription à l'égard de tous (art. 1206 et 2249), la demande d'intérêts formée contre l'un d'eux fait courir les intérêts à l'égard de tous (art. 1207), et la perte de la chose due par la faute ou pendant la demeure de l'un d'eux, ne profite pas aux autres (art. 1205). En présence de ces solutions, si manifestement défavorables aux débiteurs, on peut même se demander comment la théorie de la représentation imparfaite, dont le caractère fondamental est au contraire de favoriser les coobligés jusqu'à l'excès, a pu être soutenue en matière de solidarité passive. Aussi avons-nous vu que l'arrêt de la Cour de cassation, qui a paru la consacrer, se tient dans une réserve prudente au sujet du fondement légal de sa solution, et affirme plutôt qu'il ne justifie l'existence du principe dont celle-ci s'inspire.

Les auteurs qui ont admis la théorie observent, en général, la même attitude. Aubry et Rau notamment la déduisent surtout des principes d'unité d'objet et de pluralité de liens qui sont pour eux le fondement de l'obligation solidaire (1). Ils ne font appel aux dispositions des articles 1281, 1284 et 1365 que d'une façon toute secondaire, et paraissent surtout préoccupés de réfuter l'argument en

(1) VIII, § 769, n. 52, p. 380-382.

sens contraire qu'on peut tirer des articles 1206, 1207 et 2249. De même, avant eux, Rodière (1) n'invoquait l'article 1365 que d'une manière accessoire et faisait porter tout le poids de son argumentation sur les principes généraux : il n'en pas est autrement de Marcadé (2). Quant à Larombière, nous croyons avoir montré qu'en cette matière tout au moins, il ne peut être rangé parmi les partisans de la théorie (3).

Quel est donc l'argument qu'on peut tirer des articles 1281, 1284, 1285 et 1365 ?

Ces articles ont pour caractère commun de faire profiter tous les débiteurs solidaires d'un acte accompli par l'un d'eux ; de la novation faite par lui avec le créancier, de la remise du titre original ou de la grosse du titre ou même de la remise de dette à lui consentie par celui-ci, du serment décisoire prêté par lui : dans tous ces cas, la dette est éteinte à leur égard. Mais cela peut s'expliquer aussi bien, et s'explique même mieux, par l'idée que l'obligation solidaire est unique dans son objet, que par celle de représentation imparfaite. Il s'agit d'actes qui n'ont pas un caractère favorable très marqué, et qui ne profitent pas tant aux co-débiteurs en ce qu'ils peuvent en invoquer le bénéfice, qu'en ce qu'ils éteignent l'obligation commune. Ces textes ne révèlent donc pas de la part du législateur l'intention de consacrer la théorie de la représentation fondée sur le résultat.

B. — *Textes concernant le cautionnement, etc.* — En dehors du cautionnement, on n'a guère pu trouver de textes

(1) N. 103-107, p. 81-84.

(2) Art. 1351-XIII.

(3) V. plus haut, p. 79 et s.

pour justifier la théorie de la représentation imparfaite. Pour l'indivisibilité, l'indivision, etc., on se contente en général d'invoquer des principes d'équité ou des raisons d'ordre pratique. Pour le cautionnement au contraire, on s'est référé à des textes analogues à ceux que nous venons d'examiner en ce qui concerne la solidarité passive : ce sont les articles 1281, 1287, 1294 et 1365.

D'après ces dispositions, la novation opérée à l'égard du débiteur principal, la remise de dette qui lui est consentie, la compensation qu'il a le droit d'invoquer, le serment décisoire qu'il a prêté, profitent à la caution ; de même le serment prêté par la caution profite au débiteur principal.

Nous devons faire à leur sujet la même remarque que nous avons faite en matière de solidarité passive : ces textes ou du moins les premiers d'entre eux s'expliquent beaucoup mieux par l'idée que la dette est une que par l'idée de représentation imparfaite. Concevrait-on que la caution, débiteur accessoire, restât obligée alors que le débiteur principal serait libéré ? La disposition de l'article 1365, alinéa 5, au sujet du serment prêté par la caution qui profite au débiteur principal, est plus embarrassante. Pourtant, elle ne suppose pas nécessairement l'idée de représentation imparfaite, et il est bien douteux que celle-ci ait inspiré le législateur : il s'est contenté de donner une solution particulière, qui est d'ailleurs traditionnelle.

C. — *Textes concernant les créanciers.* — Les arrêts qui paraissent favorables à la représentation imparfaite des créanciers entre eux, ne peuvent fonder leur décision sur aucune disposition légale. C'est peut-être même pour cela

qu'ils se montrent si réservés et n'osent pas affirmer ouvertement la théorie dont ils consacrent les résultats. L'article 494 du Code de commerce, dont ils tirent parti pour admettre en matière de contredits l'action individuelle des créanciers faisant partie de la masse, ne peut en effet leur être d'aucun secours pour déterminer les conséquences que produit, au regard des autres créanciers, l'exercice de cette action. Ici encore, la jurisprudence affirme plutôt qu'elle ne justifie le principe dont elle se réclame.

*3° Critique de la théorie au point de vue de
l'utilité pratique.*

La théorie de la représentation imparfaite n'est donc pas plus solide au point de vue légal qu'au point de vue technique. Il resté à examiner si elle ne produit pas, au point de vue pratique, des résultats heureux, qui justifieraient dans une certaine mesure les efforts de ceux qui ont tenté de l'introduire dans notre droit.

La théorie est employée, nous l'avons vu, dans des hypothèses où il y a entre plusieurs personnes communauté ou identité de situation juridique. Elle sert donc à déterminer la répercussion que le changement survenu dans la situation d'un seul des conjoints aura sur la situation de tous.

Nous savons déjà que la théorie de la représentation imparfaite est un compromis entre deux tendances opposées : la première qui déroge au principe de relativité, la seconde qui entend au contraire le maintenir. Il nous faut donc développer successivement les raisons sur lesquelles se fondent ces deux tendances : nous expliquerons ensuite comment la théorie de la représentation imparfaite prétend les concilier.

Et d'abord, pour quelles raisons veut-on déroger au principe de relativité ?

On fait valoir des considérations d'économie : il est frustratoire d'obliger les parties à renouveler le procès qui a été déjà soutenu par l'une d'elles. Si le nouveau jugement est rendu dans le même sens que le premier, elles auront ainsi dépensé leur temps, leur peine et leur argent sans profit, ni pour elles, ni pour l'adversaire, qui aura au contraire à payer une note de frais beaucoup plus élevée.

Et, comme on peut répondre à cela qu'il n'est pas du tout certain que le nouveau jugement soit rendu dans le même sens que le premier, et qu'alors le maintien du principe de relativité profitera à l'adversaire, on fait ensuite intervenir des considérations de bon ordre. Il faut éviter que des jugements en sens opposés ne soient rendus sur la même affaire, en premier lieu parce que rien ne compromet davantage le respect qui est dû aux décisions des tribunaux : car, du moment qu'ils ont résolu la même question de deux manières différentes, on est tenté de croire ou qu'ils se sont trompés au moins une fois, ou qu'ils jugent d'une manière arbitraire. Sans doute, des raisons sérieuses peuvent justifier la contrariété des jugements : il se peut que l'une des parties n'ait pas su, aussi bien que l'autre, soutenir ses prétentions, et se servir des moyens de défense qui étaient à sa disposition. Et cette divergence d'appréciation ne choque pas l'esprit des juristes qui est habitué à l'idée que la vérité judiciaire n'est qu'une vérité relative et ne peut prétendre à la portée absolue de la vérité scientifique. Mais les plaideurs, et le public, comprennent mal qu'il puisse y avoir ainsi deux vérités sur une même affaire : pour eux la vérité est une et indivisi-

ble, et du moment que deux jugements se contrarient, la justice leur paraît mal rendue. Il ne faut pas exagérer la portée de ce sentiment, mais on est bien obligé d'en tenir compte si l'on veut conserver aux décisions judiciaires l'autorité dont elles doivent jouir, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice. Il faut donc faire en sorte d'éviter la contrariété de jugements : le système de la représentation parfaite répond à ce desideratum.

A cela, les partisans du maintien du principe de relativité répliquent que, quels que soient les avantages pratiques du système proposé, il présente le très grave danger de compromettre les droits des cointéressés qui ne sont pas parties au jugement. Le principe de relativité est un principe tutélaire dont il ne faut pas s'écarter sans raison ; qu'on suppose, en effet, que le cointéressé qui est censé représenter ses consorts, soutienne mal ses prétentions, et laisse perdre le procès, par sa maladresse ou par sa négligence : le dommage subi par ses consorts sera irréparable. Ils ne pourront plus renouveler le procès, et seront forcés de supporter les effets d'une condamnation prononcée sans qu'ils aient été entendus, et souvent même à leur insu, puisque rien n'oblige le cointéressé qui agit seul en justice à informer ses consorts de la situation ; sans parler des facilités qu'un tel système laisse à la fraude, contre laquelle le remède de la tierce opposition ne sera pas toujours très efficace. Il faut donc maintenir le principe de relativité qui, s'il présente des inconvénients, a du moins l'avantage de ne sacrifier les droits d'aucune des parties.

Les raisons qu'on invoque en faveur des deux systèmes sont également sérieuses : aucun d'eux n'échappe aux

critiques que l'autre dirige contre lui, mais chacun d'eux offre des avantages particuliers. Le système de la représentation imparfaite entreprend de réunir les avantages des deux autres : d'une part, en effet, il déroge au principe de relativité, mais cette dérogation ne présente aucun danger pour les consorts non présents, car elle n'est admise que lorsque le résultat en est favorable pour eux ; d'autre part, il maintient le principe de relativité quand celui-ci a pour effet d'empêcher que le résultat défavorable de l'action de leur consort ne leur soit opposé. Ainsi, il ne porte pas atteinte aux droits de la défense, et épargne aux consorts la peine et les frais d'un nouveau procès. Seulement, il rachète ces avantages par des inconvénients très graves.

En premier lieu, il ne donne lieu à aucune économie, quand le résultat du premier jugement est défavorable, et si les consorts absents succombent dans l'instance nouvelle, le seul avantage qu'ils en retirent est d'avoir à payer des frais plus considérables. En second lieu, dans la même hypothèse, il ne fait pas obstacle à la contrariété des jugements : il a, au contraire, pour raison d'être d'en réserver l'existence éventuelle. Enfin, il sacrifie complètement les droits du tiers, qu'il oblige à plaider avec toutes les mauvaises chances du procès, et qui est ainsi toujours assuré de perdre, sans que parfois il soupçonne les conditions dans lesquelles il plaide.

Même au point de vue de l'utilité pratique et de l'équité, la théorie de la représentation imparfaite est donc très contestable ; et comme d'autre part chacune des théories qu'on lui oppose prête également le flanc à la critique, on ne laisse pas d'être assez embarrassé pour choisir entre elles : cependant il faut prendre un parti.

Nous commencerons par écarter la théorie de la représentation imparfaite, qui n'est fondée sur aucun texte, qui ne satisfait pas aux exigences techniques de la représentation, et qui ne produit pas de résultats pratiques bien utiles. Sa seule raison d'être est de donner satisfaction à un sentiment assez naturel de la part des intéressés, mais qui ne devrait pas être pris en considération un seul instant par l'interprète : le désir de bénéficier des avantages d'une situation sans être astreint à en supporter les charges.

Ceci fait, et puisqu'il faut choisir, nous nous prononçons pour le système de la non-représentation plutôt que pour celui de la représentation parfaite. Cette solution ne nous inspire pas, à vrai dire, beaucoup d'enthousiasme : nous la choisissons parce qu'elle nous semble la plus respectueuse des droits des parties, mais nous reconnaissons qu'elle ne supprime aucune des difficultés. Il y a en effet des cas où il est impossible de statuer dans un sens différent à l'égard de chacune des parties, et le maintien du principe de relativité entraînera alors des complications infinies. En réalité, il faudrait une réforme législative qui nous donnât les moyens de résoudre la question, qui est en définitive une question de procédure, — puisqu'elle n'est guère débattue qu'à propos de l'effet de la chose jugée ou de l'exercice des droits de recours, — par des moyens de procédure, et sans être obligés, par l'insuffisance de nos lois sur ce point, de faire appel à des principes de droit civil.

§ 3. — Recherche d'une solution.

Pour réaliser cette réforme plusieurs moyens peuvent être proposés ; nous allons en dresser rapidement la liste.

1^o *Droit français.*

En premier lieu on peut employer un moyen de pure procédure ; toutes les difficultés naissent de l'absence de mise en cause de tous les intéressés ; il est clair que si on trouve un procédé qui permette de mettre toutes les parties en cause d'une manière obligatoire, on supprimera par là même la difficulté.

Or, il est un procédé de ce genre que le droit français connaît sous le nom d'*intervention forcée* (1) et qui peut être mis en œuvre, soit par le demandeur, soit par le défendeur ; pour le demandeur, il consiste à mettre en cause toutes les parties, en prenant contre chacune d'elles des conclusions en vue de la faire condamner personnellement ; pour le défendeur, à assigner ses consorts en déclaration de jugement commun pour voir dire qu'il y a chose jugée à leur égard : c'est ce que les Italiens appellent l'*adcitatio* (2).

Cette mesure peut être provoquée par les parties elles-mêmes (3), mais leur concours n'est pas indispensable : les tribunaux se reconnaissent le droit, non seulement de surseoir à statuer jusqu'à ce que la mise en cause de tous les intéressés ait eu lieu (4), mais encore d'ordonner d'of-

(1) Glasson, I, p. 658-659.

(2) Chiovenda, p. 9. — Le Code de procédure italien dispose en effet, art. 203 : « Ciascuna delle parti può chiamare in causa un terzo a cui creda comune la controversia ma deve ciò notificare all'altra parte nella forma espressa nell'articolo precedente. »

(3) Notamment dans l'hypothèse d'une demande en garantie, et aussi dans le cas où il y a connexité entre plusieurs demandes. V. sur ce point Glasson, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, Paris, 1902, I, p. 658-659.

(4) Trib. du Vigan, 18 août 1854, Lambon, P. 57.48 ; Req. rej., 2 août 1876, Assurances Générales, S. 77.1.306 ; Nîmes, 18 mars

fice l'intervention des parties absentes, « en vertu du pouvoir qui appartient aux tribunaux et aux Cours d'appel de prescrire les mesures d'instruction reconnues nécessaires » (1). On allègue, à l'appui de ces décisions, qu'il s'agit de personnes qui auraient le droit de former plus tard une tierce opposition : leur mise en cause doit être ordonnée « pour éviter des difficultés ultérieures, et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice » (2). La jurisprudence a donc essayé de parer, dans la mesure de ses pouvoirs, aux nécessités de la situation : malheureusement elle n'a pu le faire que d'une manière assez restreinte, et en tant que la mise en cause pouvait être considérée comme une mesure d'instruction : même dans ces limites, la légalité de ses décisions a été contestée (3). Ce moyen ne saurait donc suffire, dans l'état actuel de notre droit positif, à résoudre la difficulté.

Parmi les dispositions du Code de procédure qui ont pour objet de la supprimer, on peut encore citer l'institution du *défaut profit-joint*. Quand, parmi plusieurs défendeurs, l'un fait défaut et les autres comparaissent, on rendra un jugement de défaut profit-joint, à la suite duquel le défaillant sera réassigné ; s'il persiste à ne pas comparaître, on jugera l'affaire avec ses co-défendeurs, et

1895, sous Civ. rej., 21 février 1899, Gleizes, S. 00.1.12. — Certains arrêts ont été plus loin, et ont déclaré que la demande qui n'est pas formée contre tous les intéressés est irrecevable. Cf. Toulouse, 5 février 1842, Rennes, 19 juillet 1845, Toulouse, 10 janvier 1880, précitées ; mais *contra*, Cass., 7 juin 1887, S. 90.1.374, précité.

(1) Caen, 24 janvier 1898, Rivière, S. 98.2.294 ; Req., 2 août 1876, précité.

(2) Caen, 24 janvier 1898, précité. — Cf. Toulouse, 10 janvier 1880, précité.

(3) Glasson, *op. loc.*, p. 659.

la décision intervenue ne sera plus susceptible d'opposition de sa part (1) ; ce qui revient à dire, en somme, que le défaillant est représenté d'une manière parfaite par ses co-défendeurs. Mais la portée de cette solution est très restreinte ; elle ne s'applique que dans une hypothèse tout à fait spéciale, hors de laquelle on ne saurait l'étendre.

Un moyen plus efficace serait de donner à celui des consorts qui est attaqué en justice une exception dilatoire, par laquelle il aura le droit de refuser de plaider tant que tous les intéressés n'auront pas été mis en cause ; c'est ce que l'on appelle l'*exceptio plurium litisconsortium* (2). Elle est plus avantageuse que l'*adcitatio* en ce qu'elle permet au défendeur de rester sur la défensive et de laisser au demandeur le soin et la peine de mettre toutes les parties en cause ; elle aura donc chance d'être proposée plus souvent. Mais, comme son emploi n'est pas obligatoire et dépend de la libre volonté du défendeur, elle ne fait, elle aussi, que restreindre la difficulté sans la supprimer.

2° Droit allemand et autrichien.

Il y a enfin un dernier moyen qui est employé par le droit allemand et autrichien. Il s'agit de ce qu'on appelle

(1) C. pr. civ., art. 153. Sur cette institution, V. Garsonnet, VI, n. 2185-2195 et n. 2248 et suiv. qui dirige contre elle des critiques assez vives ; il lui paraît exorbitant qu'un jugement puisse être considéré comme contradictoire contre une partie qui n'a pas pu se défendre (n. 2190). La loi de Genève du 29 septembre 1819 (art. 135 et 148) n'a pas adopté le système français (V. les textes cités par Garsonnet, p. 190-191, note 10).

(2) Chiovenda, p. 9. — Notre droit français ne la consacre que dans une limite très restreinte, par l'institution de l'exception dilatoire de *garantie* (C. pr. civ., art. 175 et suiv.). Elle n'existe pas non plus en Allemagne, ni en Italie. — V. sur ce point Chiovenda, *eod. loc.*, et Planck, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten*, Göttingen, 1844, p. 114-125.

la *notwendige Streitgenossenschaft*, le *litisconsorzio necessario* et que, faute de terme propre dans la langue française, nous appellerons le *litisconsortium obligatoire*. Voici en quoi consiste cette institution.

Dans certains cas déterminés (1), plusieurs personnes peuvent agir ou défendre en commun devant les tribunaux, en qualité de litisconsorts (*Streitgenossen*). Mais, en règle générale, cette communauté d'action ou de défense n'empêche pas que chacun des litisconsorts reste indépendant des autres au regard de l'adversaire, de telle sorte que chacun d'eux a le droit de diriger le procès séparément (2) et que ni l'acte ni l'abstention de l'un d'eux ne tourne à l'avantage ou au désavantage des autres (3). Cette règle ne reçoit exception que dans certains cas où, soit en raison de la nature du droit litigieux, soit en raison d'une disposition légale, les consorts forment à eux tous une seule partie au procès (4) ; ce qui s'applique au cas où l'un des consorts agit seul, tandis que les autres négligent de le faire (5), et particulièrement au cas où ces derniers négligent de répondre à une assignation, ou d'observer un

(1) Quand plusieurs personnes sont placées, en raison de la matière du procès, dans un état de communauté juridique (*Rechtsgemeinschaft*, C. P. O. autrich., § 11, n° 1 ; C. P. O. allemand, § 59) ; ou quand leur droit ou leur obligation a un même fondement matériel et juridique (C. P. O. autrich., § 11, n° 1) ; ou quand des droits ou des obligations de nature identique reposant sur un fondement essentiel identique en fait et en droit forment l'objet du procès (C. P. O. autrich., § 11, n° 2 ; C. P. O. allemand, § 60) ; ce qui s'applique notamment au débiteur principal et à la caution, toutes les fois que la nature du cautionnement contracté ne s'y oppose pas (C. P. O. autrich., § 12).

(2) C. P. O. autrich., § 15 ; allemand, § 63.

(3) C. P. O. autrich., § 12 ; allemand, § 61.

(4) C. P. O. autrich., § 14 ; allemand, § 62.

(5) C. P. O. autrich., § 14.

délai ; les consorts négligents sont alors considérés comme représentés (*vertreten*) par les consorts actifs (1). Il y a alors, non plus simple *Streitgenossenschaft*, mais une *notwendige Streitgenossenschaft*, un litisconsortium obligatoire.

En somme les législations allemande et autrichienne, pour supprimer la difficulté, font appel au système de la représentation parfaite ; leurs dispositions formelles ont l'avantage de mettre fin aux controverses sur ce point. Mais elles manquent singulièrement de précision : elles ne déterminent que d'une manière extrêmement vague les cas où il y a litisconsortium obligatoire, et la controverse doctrinale va renaître au sujet des applications du système (2). Celui-ci même n'exclut pas la discussion sur la portée exacte du principe de représentation : ici encore il y aura lutte entre la représentation parfaite et la représentation imparfaite.

Cette dernière théorie a été en effet soutenue en Allemagne, sous le nom de « théorie de la détermination de l'autorité de la chose jugée d'après l'événement du procès » (*Rechtskraft secundum eventum litis*) (3). Les auteurs qui se prononcent en sa faveur essaient d'ailleurs le plus souvent de fonder leur système sur des dispositions légales (4), mais ils font aussi valoir des considérations théoriques.

(1) C. P. O. allemand, § 62.

(2) V. notamment Wachenfeld, *die notwendige Streitgenossenschaft*, p. 126-161 ; Menestrina, *L'accessione nella esecuzione*, Vienne, 1901, p. 202.

(3) V. Mendelssohn-Bartholdy, p. 332-355.

(4) Notamment sur celles du § 326 C. P. O. allemand qui pour déterminer l'effet, à l'égard de l'héritier substitué, des jugements rendus avec l'héritier institué en première ligne, semblent faire une distinction fondée sur le caractère du résultat. En ce sens, Petersen⁵, p. 662-663 ; en sens divergent, Mendelssohn-Bartholdy, *loc. cit.*

C'est ainsi que Fischer nous dit (1) : « On traite ordinairement de la même manière la demande qui tend à donner effet au jugement contre le tiers, et celle qui tend à donner effet au jugement en sa faveur, et il en résulte que, dans tous les cas où l'on admettrait l'effet de la chose jugée en faveur du tiers, on l'admettrait à l'inverse à son préjudice. Or, en réalité, ces deux cas sont essentiellement différents. L'effet produit contre un tiers par un jugement mal rendu constitue une lourde injustice, parce qu'elle atteint une personne qui n'a rien fait pour se l'attirer. L'effet reconnu à la chose jugée en faveur du tiers atteint au contraire la partie perdante, qui, si elle ne savait pas à l'avance que cet effet se produirait, se trouvait du moins dans la situation voulue pour défendre ses droits en ce sens. Aussi est-il beaucoup plus justifié de reconnaître l'effet de la chose jugée à la décision rendue en faveur du tiers, que de la reconnaître à une décision rendue contre lui. »

Ces considérations nous paraissent bien peu fondées : comme le fait observer Mendelssohn-Bartholdy (2), il semblerait d'après elles qu'il est au pouvoir du juriste de reconnaître ou non, à sa fantaisie, l'autorité de la chose jugée à la décision rendue contre le tiers, ce qui est évidemment inexact. D'autre part, tout le raisonnement de Fischer repose sur l'hypothèse d'un jugement mal rendu : or même dans cette hypothèse on pourrait lui répondre qu'on n'aperçoit pas pour quelle raison ce jugement serait moins pénible à supporter pour la partie perdante que pour le tiers (3).

(1) Fischer, *Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, in *Jhering Jahrbücher*, t. 40, année 1899, p. 167.

(2) *Op. cit.*, p. 334.

(3) Wach, *Zur Lehre von der Rechtskraft*, p. 65 ; Mendelssohn-Bartholdy, *op. cit.*, p. 334.

Il faut encore citer parmi les partisans de la théorie Francke (1), qui soutient que d'après le droit prussien, le tenancier, le fidéicommissaire, le créancier antichrésiste doivent être regardés comme le représentant du propriétaire pour rendre sa condition meilleure (*in meliorem causam*), de sorte que les jugements rendus avec ces personnes n'acquiescent l'autorité de la chose jugée à l'égard du seigneur, du bénéficiaire du fidéicommiss, ou du propriétaire que s'ils sont rendus à leur avantage, et non à leur préjudice (2).

Il faut remarquer que ces hypothèses sont assez voisines de celles où l'on a soutenu en France la théorie de la représentation imparfaite ; il en est de plus voisines encore. Le système de la *Rechtskraft secundum eventum litis* a été notamment appliqué dans le cas d'un jugement rendu entre un créancier de la faillite et des créanciers qui prétendent produire dans celle-ci (3), et dans le cas du jugement rendu sur l'existence d'une servitude avec un copropriétaire (4). Seulement il paraît être demeuré un système doctrinal ; il ne semble pas que la jurisprudence allemande ait eu à s'en occuper (5).

3° Droit italien.

Le système du Code de procédure italien est plus com-

(1) Francke, *die Nebenparteien der deutschen Civil-Prozess-Ordnung, neben der Rechtskraft Dritten gegenüber*, Göttingen, 1882, p. 42.

(2) Ce point de vue est d'ailleurs contesté. — V. les auteurs cités par Mendelssohn-Bartholdy, p. 337, note 1.

(3) V. Mendelssohn-Bartholdy, p. 338-339.

(4) Mendelssohn-Bartholdy, p. 351.

(5) *Ibid.*, p. 350-351. — V. cep. l'arrêt du Tribunal de l'Empire du 16 juin 1894, cité par Mendelssohn-Bartholdy, p. 351 (Bolze, *Praxis des Reichsgericht*, t. 16, n. 789).

plexe ; il s'occupe spécialement de régler l'effet des voies de recours au regard de tous les consorts.

Quand plusieurs personnes ont un intérêt commun à opposer à la demande de réformation ou d'annulation d'un jugement, la demande doit être dirigée contre toutes (1). Si la demande est dirigée contre un seul des co-intéressés, le jugement doit être rendu avec l'intervention des autres ; toutefois celle-ci n'est pas nécessaire quand il s'agit d'une chose divisible, à la condition que le demandeur déclare accepter le jugement au regard des absents (2). D'ailleurs l'intervention des parties non citées peut avoir lieu même après l'expiration des délais accordés pour faire une demande en réformation ou en annulation (3).

Ce texte ne dit pas clairement dans quelles conditions doit se produire l'intervention de tous les consorts : il semble bien toutefois qu'il s'agit d'une intervention forcée, qui doit être ordonnée au besoin d'office par le juge (4), et que dans la pensée du législateur, cette disposition se justifie par l'inconvénient qu'il y aurait à laisser le juge se prononcer séparément à l'égard de chacun de ceux qui ont figuré ensemble au jugement entrepris (5).

A l'inverse, quand la réformation ou l'annulation est

(1) *C. proc. di regn. ital.*, art. 469, al. 1.

(2) *Ibid.*, art. 469, al. 2.

(3) *Ibid.*, art. 469, al. 3.

(4) « Che l'integrazione del giudizio debba ordinarsi d'ufficio non può dubitarsi. La sentenza emanata a favore di più interessati deve impugnarsi di fronte a tutti costoro » (Chiovenda, p. 24).

(5) « Ma la legge non vede volentieri che un atto dell' autorità pubblica, risultante da unica convinzione del giudice, sia impugnato di fronte ad alcuni soltanto fra coloro rispetto a cui l'unica convinzione si è formata e che forse tutti hanno influito a formarla e possono influire a farla mantenere » (Chiovenda, p. 25).

demandée, non plus contre un des consorts, mais par l'un d'eux, l'intervention des autres n'est plus obligatoire : mais elle demeure nécessaire pour qu'ils soient admis à profiter des effets du jugement, en ce qui concerne les chefs de celui-ci sur lesquels ils ont un intérêt commun (1).

Toutefois, dans certains cas, certaines personnes qui n'ont pas demandé la réformation ou l'annulation du jugement peuvent en profiter, à la condition au moins dans le second et le troisième cas qu'elles n'aient pas été prononcées pour des motifs exclusivement personnels à celui qui les a demandées ; ces personnes sont :

1° Celles qui ont un intérêt qui dépend essentiellement de l'intérêt de la personne qui a obtenu la réformation ou l'annulation ;

2° Celles qui, dans un procès portant sur une chose indivisible, sont établies demanderesses ou défenderesses avec la personne qui obtient la réformation ou l'annulation ;

3° Celles qui, dans la sentence réformée ou annulée, sont condamnées *in solidum* avec la personne qui obtient la réformation ou l'annulation.

Le Code de procédure italien semble donc bien admettre dans une certaine mesure l'idée de représentation, dans l'hypothèse où elle peut avoir pour les consorts un effet favorable, et les faire profiter du bénéfice des voies de recours intentées par l'un d'eux. Il ne l'admet pas quand elle aurait un effet défavorable, c'est-à-dire quand les voies de recours contre le jugement rendu en leur faveur sont exercées contre l'un d'eux ; cependant, même dans ce cas la chose jugée aura effet à l'égard de tous, puisque tous

(1) Art. 470.

devront être nécessairement mis en cause ; ce qui concilie les nécessités pratiques avec le respect des droits de la défense. A notre avis, ce système gagnerait à être étendu même au cas où la demande de réformation est formée par l'un des intéressés : car c'est négliger les droits du tiers que d'admettre la représentation dans cette hypothèse.

4^e Conclusion.

Dans quelle mesure conviendrait-il d'introduire ces solutions dans notre droit français ? C'est ce qu'il est assez difficile de préciser. Sans doute la consécration légale du système de la représentation parfaite dans certaines hypothèses, serait déjà un progrès considérable sur l'état de choses actuel, à la condition de déterminer nettement les cas de *litisconsortium* obligatoire : elle aurait toujours l'inconvénient de déroger au principe de relativité de la chose jugée, mais les parties, connaissant les dispositions légales, pourraient prendre leurs précautions en conséquence. Cependant, nos préférences iraient à une autre solution ; on pourrait, en développant ce qui existe déjà en France, généraliser les solutions admises par la jurisprudence en matière d'intervention forcée, et décider que, dans tous les cas où la tierce opposition pourrait être admise contre le jugement à intervenir de la part des intéressés non présents dans l'instance, le tribunal devrait ordonner d'office la mise en cause de toutes les parties. Seulement, pour que ce système pût être admis, il faudrait une réforme législative : il se conçoit surtout, en effet, dans une législation qui, comme la législation autrichienne, donne au juge la direction du procès (1) ; dans

(1) V. Tissier, *Le centenaire du Code de procédure et les projets de*

l'état actuel de notre Code de procédure, il paraît difficilement réalisable.

réforme, dans la *Rev. trimestr. de dr. civ.*, 1906, p. 625-660 et not. p. 654-655.

Vu :

Le Président de la thèse,
A. TISSIER.

Vu :

Le Doyen,
CH. LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1-13
Définition de la représentation imparfaite. — Cas d'application. — Détermination de la nature juridique de la représentation imparfaite.	
I. — Portée exacte du terme de représentation. — Distinction de la représentation <i>directe</i> et de la représentation <i>indirecte</i> .	
Conditions de validité de la représentation directe : distinction de la représentation avec pouvoir préexistant et de la représentation sans pouvoir. Portée très large du terme de représentation imparfaite.	
II. — Différentes restrictions qui peuvent être apportées au principe de la représentation.	
De la représentation <i>restreinte</i> . — Distinction de la représentation restreinte et de la représentation imparfaite. — Importance de cette distinction.	
De la représentation à terme ou sous condition. — De la gestion d'affaires : rapports de celle-ci avec la représentation imparfaite.	
III. — Division et plan de la présente étude.	

PREMIÈRE PARTIE

Historique.

CHAPITRE PREMIER. — La représentation imparfaite en droit romain 15-22

Objet de ce chapitre. — La représentation à Rome. — Le droit romain a-t-il connu la théorie de la représentation dans la solidarité ? — Exposé et réfutation de la théorie de Brinz.

Recherche de la représentation imparfaite : 1^o à propos de l'effet des actes de l'esclave et du fils à l'égard du *paterfamilias* ; 2^o à propos de l'effet des actes du mineur.

CHAPITRE II. — La représentation imparfaite dans l'ancien droit français 23-46

SECTION I. — Droit antérieur au XVI^e siècle 23

La représentation au moyen âge. — Examen d'un texte de *Jostice et Plet*. — Consécration de la représentation imparfaite en matière de tutelle : critiques dirigées contre cette théorie par Beaumanoir. — Doctrine de Boutillier en matière de représentation.

SECTION II. — Droit postérieur au XIX^e siècle 28

§ 1. — De la représentation imparfaite dans le mandat. 28

Exposé et discussion de la doctrine de Domat : 1^o en ce qui touche le mandat conventionnel ; 2^o en ce qui touche le mandat légal. — Maintien des principes admis en matière de tutelle.

§ 2. — De la représentation imparfaite en dehors de la théorie du mandat 29

1^o Origine de l'idée. — Exposé de la doctrine de Dumoulin en matière de solidarité. — La question des effets de la faute et de la demeure. — Formule proposée par Dumoulin ; sa portée exacte.

2^o Apparition de l'idée. — Exposé de la doctrine de Renusson ; influence de Dumoulin sur Renusson. — Consécration de l'idée de représentation en matière de solidarité : la théorie du mandat tacite *ad conservandam non ad augendam obligationem*. — Cette théorie implique-t-elle la reconnaissance de l'idée de représentation imparfaite ? — Doctrine de Renusson en matière d'indivision.

3^o L'idée de représentation chez les successeurs de Renusson. — Doctrines d'Argou et de Domat. — Admission de l'idée de représentation par Aurox des Pommiers. — Doctrine de Pothier : rapprochement avec celle de Dumoulin. — La théorie de la représentation chez Dunod et chez Chabrol. Résultat de notre enquête.

DEUXIÈME PARTIE

Exposé de la jurisprudence.

CHAPITRE III. — De la solidarité 47-113

Conditions générales. — L'idée de représentation se pose différemment en matière de solidarité active et de solidarité passive. — Absence d'intérêt pratique de la première.

SECTION I. — *Solidarité active*. 48

Exposé très bref des controverses doctrinales. Renvoi.

SECTION II. — *Solidarité passive* 49

Pourquoi et comment la théorie de la représentation imparfaite a été soutenue en cette matière. — Rigueur de l'obligation solidaire. — Effets de la solidarité prévus par le Code civil. — Effets non prévus : du rôle joué par la jurisprudence en ce qui les concerne. — Différents moyens employés par elle pour statuer dans le silence des textes. — Les deux tendances qui se partagent la jurisprudence : division en deux périodes.

I. — PÉRIODE ANTÉRIEURE A 1870. 55

§ 1. — La jurisprudence antérieure à 1833

1^o Limitation des effets de la solidarité. — Chose jugée. — Voies de recours. — Interruption de péremption.

2^o Extension des effets de la solidarité. — A. Raisonnement par analogie : Interruption de péremption. Effet de l'appel. — B. Idée de représentation : apparition de l'idée en matière de chose jugée. Arrêt de Cassation de 1811 ; doctrine de Merlin.

§ 2. — La jurisprudence postérieure à 1833. 64

1^o Extension des effets de la solidarité. — A. Raisonnement par analogie : Interruption de péremption. — B. Idée de représentation : réapparition de l'idée en 1833. — Attitude de la Cour de cassation à son égard. Persistance de l'idée : l'arrêt de cassation de 1855. — C. Emploi de la notion d'indivisibilité : son utilité :

effet de l'appel. — D. Affirmation pure et simple : emploi de ce procédé par la Cour de cassation et par les Cours d'appel.	
2° Limitation des effets de la solidarité. — Arrêt de 1839. — Vives résistances que rencontre l'idée de représen- tation dans la jurisprudence des Cours d'appel.	
§ 3. — Evolution de la doctrine de 1811 à 1870	78
Apparition de l'idée de représentation imparfaite. Exposé de la doctrine de Larombière et de celle d'Aubry et Rau.	
II. — PÉRIODE POSTÉRIEURE A 1870	83
§ 1 ^{er} . — Représentation parfaite	84
1° Consécration de l'idée de représentation. — L'arrêt de Cassation de 1873. — Développement du principe dans la jurisprudence.	
2° Première apparition de l'idée de représentation par- faite. — L'arrêt de 1881. — Etude de cet arrêt.	
3° Maintien de la doctrine de la représentation parfaite par la Cour de cassation. — Arrêts rendus par la Cour de cassation en 1881 et 1885, en matière de chose jugée. — Essai de résistance de la Cour d'Alger.	
4° Réapparition de l'idée de représentation imparfaite. — L'arrêt de Poitiers de 1890. — Etude de cet arrêt. — L'arrêt d'Agen de 1891.	
§ 2. — Représentation imparfaite.	94
1° Consécration de l'idée. — L'arrêt de Cassation de 1891. — Analyse de sa décision. — Sa portée exacte.	
2° Critiques provoquées par l'arrêt de 1891. — Note de M. Tissier, article de M. Charmont. — Ouvrages pos- térieurs.	
3° Evolution de la jurisprudence depuis 1891. — L'arrêt de 1893. — L'arrêt de 1901. — Etat actuel de la ju- risprudence.	
Conclusion du chapitre.	
CHAPITRE IV. — De l'Indivisibilité	115-136
Considérations générales. — Position de la question.	
§ 1 ^{er} . — Effet de la chose jugée.	118

Petit nombre des arrêts. — Leurs rapports avec les arrêts rendus en matière de solidarité.

§ 2. — Effet des voies de recours et des déchéances ou nullités de procédure qui s'y rattachent 119

1^o Appel. — Quand l'appel peut être considéré comme un acte favorable. — A. Arrêts dont les décisions sont défavorables aux coobligés. — Les deux principes qui se dégagent de ces arrêts. — Allusion à l'idée de représentation. — B. Arrêts dont les décisions sont défavorables aux coobligés. — Les quatre principes qui s'en dégagent. — Le premier principe : sa double signification. — Le second principe : arrêt qui se rapproche de l'idée de représentation imparfaite. — Le troisième principe : absence de l'idée de représentation. — Le quatrième principe : ses deux conséquences.

2^o Pourvoi en cassation. — Quand il peut être considéré comme favorable. — Doctrine de la Cour de cassation.

3^o Opposition. — Dans quel sens la question doit être résolue.

4^o Tierce opposition. — Position de la question. — Attitude de la jurisprudence.

§ 3. — Effets de la péremption d'instance. 132

Principe admis par la jurisprudence en matière de péremption d'instance. — Leurs conséquences.

§ 4. — Effets des exceptions appartenant à l'un des coobligés. 134

Position de la question. — Attitude de la jurisprudence.

§ 5. — Effets de l'interruption de prescription. 135

Effets de l'indivisibilité. — Décisions diverses.

Conclusion du chapitre.

CHAPITRE V. — Des créanciers 137-164

SECTION I. — *Représentation du créancier par le débiteur.* . . 137

Absence de consécration de l'idée de représentation imparfaite en cette matière : quelles en sont les raisons.

SECTION II. — *Représentation du débiteur par le créancier.* 139

Théories soutenues au sujet de la représentation du débiteur par le créancier. — Absence de consécration jurisprudentielle.

SECTION III. — *Représentation des créanciers entre eux.* . . . 142

Considérations générales. — Position de la question.

§ 1. — Représentation des créanciers entre eux en dehors des cas de procédure collective. 144

1^o Actes accomplis contre le débiteur. — Action paulienne. — Théorie soutenue à ce sujet.

2^o Actes accomplis au nom du débiteur. — Rapports de cette question avec la précédente. — Attitude de la jurisprudence.

§ 2. — Représentation des créanciers entre eux dans le cas de procédure collective 148

I. — PROCÉDURE D'ORDRE 149

1^o Droits exercés contre les tiers. — Action oblique ; action paulienne.

2^o Droits exercés contre une catégorie de créanciers déterminée. — Contredits. — Effet du contredit formé par un des créanciers et de la chose jugée sur ce contredit.

II. — FAILLITE. 152

1^o Action paulienne. — Attitude de la jurisprudence.

2^o Actes conservatoires. — Droit d'accomplir individuellement des actes conservatoires.

3^o Voies de recours contre le jugement déclaratif et le jugement de report — A. Opposition. — B. Appel. — C. Pourvoi en cassation.

4^o Contredits à la vérification des créances. — A. Droit individuel d'agir en justice. — B. Effet de la chose jugée sur le contredit. — Consécration de la représentation imparfaite par la Cour de Lyon. — Arrêt de cassation de 1886.

CHAPITRE VI. — **Du cautionnement, de la garantie, de l'indivision** 165-179

SECTION I. — *Du cautionnement.* 165

§ 1. — Représentation de la caution par le débiteur principal. — Nature juridique du cautionnement. — Système de la jurisprudence. — Objections faites à ce système. — Théorie de la représentation imparfaite	166
§ 2. — Représentation du débiteur principal par la caution. — Absence de décisions de jurisprudence sur la question. — Opinions doctrinales.	169
SECTION II. — <i>De la garantie</i>	170
§ 1. — Représentation du garant par le garanti. — Solutions admises par la jurisprudence. — Principe qui inspire ses décisions	170
§ 2. — Représentation du garanti par le garant	172
1 ^o Le garant est poursuivi avant le garanti. — Position de la question. — Absence d'intérêt pratique du débat.	
2 ^o Le garant est poursuivi après le garanti. — Effet de l'appel, du pourvoi en cassation, de l'opposition.	
SECTION III. — <i>De l'indivision</i>	175
Théories anciennes. — Etat actuel de la jurisprudence. — L'arrêt de Cassation de 1866. — Circuit d'actions.	
SECTION IV. — <i>Hypothèses diverses</i>	178

TROISIÈME PARTIE

Critique.

CHAPITRE VII. — Synthèse et critique de la théorie de la représentation imparfaite . . 181-207

§ 1. — Délimitation de la théorie.	181
Formule générale qui pourrait être proposée. — Identité de situation ; rigueur des conséquences.	
§ 2. — Critique de la théorie.	184
1 ^o Au point de vue technique. — Fonctionnement habituel de la représentation. — Aspect particulier sous lequel apparaît la représentation imparfaite. — Présumptions qu'elle suppose.	

2° Au point de vue des textes. — Examen des dispositions légales au sujet de la solidarité, du cautionnement, des créanciers. — Absence de consécration de la représentation imparfaite.	
3° Au point de vue de l'utilité pratique. — Pour quelles raisons on déroge au principe de relativité; pour quelles raisons on veut le maintenir. — Inconvénients du système. — Du choix d'un principe.	
§ 3. — Recherche d'une solution	196
1° Droit français. — Moyens existant en droit français. — Intervention forcée : défaut profit-joint.	
2° Droit allemand et autrichien. — Le listisconsortium obligatoire. — Système de la représentation. — Controverses sur la portée de ce système : la <i>Rechtskraft secundum eventum litis</i> . — Théories de Fischer et de Francke. — Cas d'application	
3° Combinaison de l'intervention forcée avec le système de la représentation. — Cas d'application. — Conséquences.	
4° Conclusion. — Nécessité d'une réforme de notre Code de procédure : dans quel sens on pourrait la réaliser.	

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
